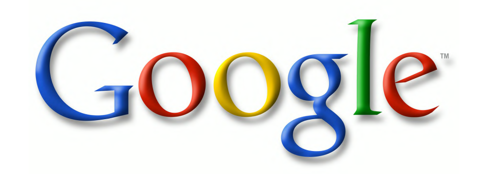
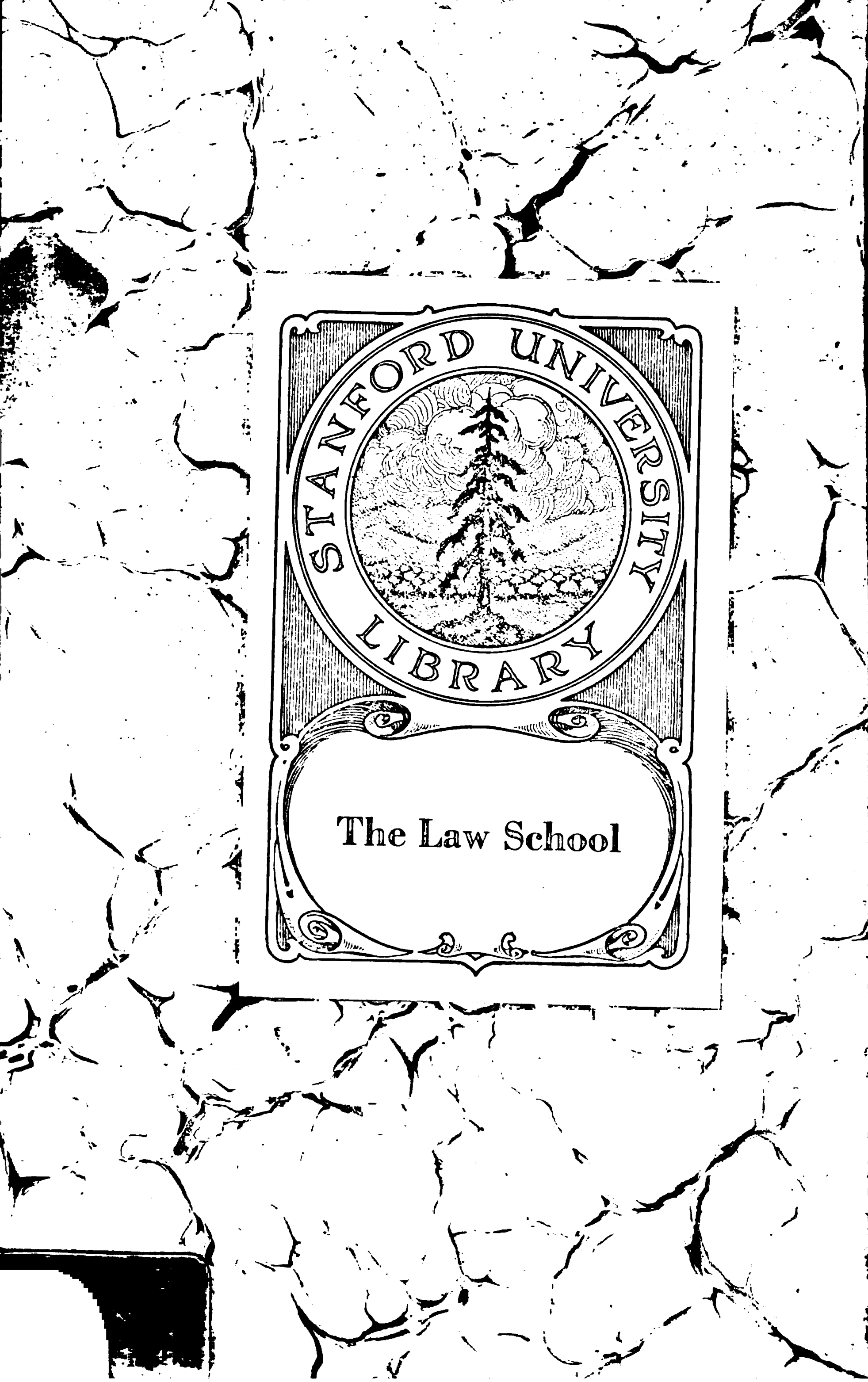




STANFORD UNIVERSITY
LIBRARY
The Law School



COURS

DE

CODE NAPOLÉON

II

VI. — PARIS, IMPRIMERIE A. LAHURE
9, rue de Fleurus, 9

TRAITÉ

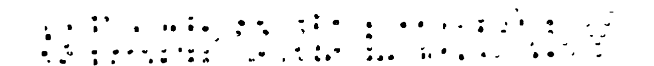
DE

L'ABSENCE

PAR

C. DEMOLOMBE

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT
BÂTONNIER DE L'ORDRE DES AVOCATS A LA COUR D'APPEL DE CAEN
COMMANDEUR DE LA LÉGION D'HONNEUR



PARIS

A. LAHURE, ÉDITEUR
RUE DE FLEURUS, 9

PEDONE LAURIEL
RUE SOUFFLOT, 13

MARCHAL, BILLARD ET Cie
PLACE DAUPHINE, 27

HACHETTE ET Cie
BOULEVARD SAINT-GERMAIN, 79

A. MARESCQ AINÉ
RUE SOUFFLOT, 17

1881

OBSERVATIONS

CONCERNANT

LES CITATIONS DES ARRÊTS ET DES AUTEURS, ET LES TABLES.

I. Cet ouvrage renvoie, pour l'indication des arrêts, soit au recueil de MM. Devilleneuve et Carette, soit à celui de MM. Dalloz, soit au *Journal du Palais*. Mais, afin de rendre les recherches aussi promptes et aussi sûres que possible pour tous ceux qui ne possèdent que l'un de ces trois recueils de jurisprudence, les arrêts sont, en outre, indiqués par leurs dates et par les noms des parties, ce dernier mode de citation étant de tous le plus commode et le plus certain.

Le recueil de Devilleneuve et Carette est ainsi indiqué : Dev. — Celui de MM. Dalloz : D. — Le *Journal du Palais* : *J. du P.*

II. Les différents auteurs sont cités par l'indication du volume et du numéro, soit de l'ouvrage lui-même, soit de la page, lorsqu'il n'y a point de numéros.

Les citations de Delvincourt se rapportent à l'édition de 1819; de Toullier, à l'édition de 1830, et aux notes de M. Duvergier sur l'édition de 1846; de Duranton, à l'édition de 1844.

III. Deux tables se trouvent à la fin de chaque volume.

La première est une table des matières dans l'ordre où elles sont traitées;

La seconde, une table numérique des articles du Code Napoléon, qui, par ses renvois aux pages et aux numéros du volume où chacun des articles est expliqué, facilite les recherches et fait, en quelque sorte, l'office d'un commentaire.

COURS

DE

CODE NAPOLÉON.

LIVRE PREMIER.

TITRE QUATRIÈME.

DES ABSENTS.

EXPOSITION GÉNÉRALE.

SOMMAIRE.

1. — Importance et nécessité de ce titre. — Pourquoi est-il placé dans le livre Ier?
2. — Du droit romain sur l'absence.
3. — De l'ancienne jurisprudence française.
4. — Suite. — Autrefois, les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent ne s'ouvraient que lorsqu'il s'était écoulé cent ans depuis sa naissance.
5. — Réflexions critiques à cet égard.
6. — Suite. — Ancien droit sur la communauté de biens de l'époux absent.
7. — Suite. — Ancien droit sur le mariage de l'absent.
8. — Réflexions sur le titre des absents du Code Napoléon.
9. — Le caractère général de l'absence, c'est l'incertitude entre la vie et la mort de l'absent. — On distingue, dans l'absence, trois époques ou périodes.
10. — Cette distinction des époques, quoiqu'elle soit, à quelques égards, générale, s'applique néanmoins plus spécialement aux biens qui appartenaient à l'absent, à l'époque de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.

1. — Une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, sans qu'on sache ce qu'elle est devenue. Nul ne peut donner de ses nouvelles. Existe-t-elle toujours? Est-elle décédée? on l'ignore. Sa vie n'est pas prouvée; sa mort, pas davantage.

Telle est la situation prévue et régie par notre titre.

Que vont devenir les biens qui appartenaient déjà à cette personne, lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles? — Si, depuis, des droits nouveaux, subordonnés à la preuve de son existence, s'ouvrent à son profit, une succession, un legs, etc., pourra-t-elle les recueillir? — Si elle était mariée, quel sera, en ce qui concerne son conjoint, ses enfants, ses conventions matrimoniales, l'effet de cette position problématique, de cet état équivoque et perplexe, qui n'est ni la vie ni la mort?

Trois sortes d'intérêts appelaient sur cette situation difficile et importante toute la sollicitude de la loi :

1° L'intérêt de la personne elle-même qui a disparu. S'il est vrai qu'en général, chacun est tenu de veiller, à ses risques et périls, au soin de ses affaires, la loi doit pourtant sa protection à l'incapacité de ceux qui ne peuvent pas gouverner eux-mêmes leur fortune. C'est sur

ce principe d'ordre public qu'est fondée la tutelle des mineurs et des interdits; or, il est naturel de présumer que la personne qui a disparu, si elle existe encore, est retenue et empêchée par quelque obstacle plus fort que sa volonté; donc, il faut dès lors la mettre au nombre des incapables, dont la loi protége elle-même les intérêts. Et voilà bien ce qui explique la place de ce titre dans le livre Ier du Code Napoléon, consacré à l'état des personnes; c'est qu'en effet, l'absence, ainsi entendue, constitue une modification dans l'état même de la personne (art. 83-7° Code de Procéd.; *infra*, n° 14 *bis*);

2° L'intérêt des tiers, de ceux-là surtout qui ont des droits auxquels le décès prouvé de l'absent donnerait ouverture;

3° Enfin, l'intérêt général de la société, qui exige que les biens ne restent pas trop longtemps abandonnés, sans représentant et sans maître, dans une sorte de stagnation; et que le cours normal et régulier de leur transmission ne soit pas indéfiniment interrompu, et, si je puis dire ainsi, barré par cet obstacle.

2. — Les lois romaines, si riches et si précieuses à consulter sur la plupart des autres matières du droit privé, présentent ici une véritable lacune, et ne peuvent être, à peu près, d'aucun secours.

Notre ancienne jurisprudence française était, à cet égard, moins incomplète; elle avait réussi, après plusieurs essais, sinon à poser déjà, du moins à découvrir les bases d'une théorie sur l'absence. Il ne sera pas inutile d'en rappeler, à grands traits, les dispositions principales.

3. — La règle adoptée d'abord fut que l'absent devait être présumé vivant, jusqu'à ce qu'il eût atteint l'âge de cent ans, terme le plus long de la vie humaine; c'est ainsi que les créanciers d'un sieur Tielment furent admis à exercer ses droits dans une succession échue treize ans après sa disparition sans aucune nouvelle (arrêt du 7 juil-

let 1629, *Journ. des Aud.*, t. I, liv. II, chap. XIV; Merlin, *Rép.*, t. I, v° *Absent*, n° 4).

Mais cette présomption n'était certainement pas raisonnable; aussi, Pothier l'a-t-il critiquée avec une vivacité d'expression qui ne lui est pas habituelle :

« Elle est, dit-il, évidemment fausse et absurde; car « toute présomption doit être fondée sur quelque vrai« semblance, et sur ce qui arrive communément : *præ« sumptio ex eo quod plerumque fit.* Il faudrait donc, pour « qu'un homme pût être présumé vivre cent ans, que ce « fût le temps ordinaire de la vie des hommes, et qu'il « y en eût très-peu qui mourussent avant les cent ans. « La loi 8 ff. *de Usuf. leg.* et autres qu'on cite pour fon« dement de cette maxime, sont citées à contre-sens. Ces « textes disent seulement qu'un homme est présumé ne « pas vivre au delà de cent ans; ce qui est bien différent « de ce qu'on leur fait dire. » (Introd. au titre XVII de la *cout. d'Orléans*, n° 7.)

Cette vieille erreur qu'un homme est présumé vivre cent ans, fut donc abandonnée ensuite; et on adopta cet autre principe :

« Jusqu'à ce qu'il se soit écoulé cent ans depuis la « naissance de l'absent, il n'est ni présumé vivant, ni « présumé mort; et c'est à ceux qui ont intérêt qu'il soit « vivant à prouver sa vie, comme c'est à ceux qui ont « intérêt qu'il soit mort, à prouver sa mort. » (Pothier, n° 7, *supra.*)

Mais il fallait bien pourtant que le patrimoine déjà acquis à l'absent, lors de sa disparition, fût administré. A cet effet, on nommait d'abord un curateur (Merlin, *Rép.*, t. I, v° *Absent*, n° 8); puis, après un délai plus ou moins long, suivant les différentes coutumes, de trois ans dans les unes, de sept ou de dix ans dans les autres, les héritiers présomptifs de l'absent étaient mis provisionnellement en possession de ses biens (Pothier, Introd. au

tit. XVII de la *cout. d'Orléans*, n° 37, et *traité des Successions*, ch. III, sect. I, § 1).

D'ailleurs, le but principal de cette mesure étant de pourvoir à l'administration des biens, il n'y avait pas lieu d'y recourir, lorsque l'absent lui-même avait laissé une procuration. On distinguait toutefois entre la procuration laissée à l'un des héritiers présomptifs et la procuration laissée à un étranger; celle-ci ne faisait point obstacle à l'envoi en possession des héritiers (Merlin, *Rép.*, t. I, v° *Absent*, n° 16).

4. — Quant aux autres droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, il ne paraît pas que les intéressés fussent admis à les exercer provisoirement. Il résulte, au contraire, du passage précité de Pothier (Introd. au tit. XVII de la *cout. d'Orléans*, n° 7), que l'exercice de ces droits était suspendu jusqu'à ce qu'il se fût écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent.

Guyot même est, à cet égard, très-explicite (Merlin, *Rép.*, t. I, v° *Absent*, n° 5) :

« Comme la mort d'un absent, dont on n'a point de « nouvelles, est au rang des choses incertaines, une ac« tion, fondée sur la vérité de cette mort, ne peut être « exercée que quand il s'est écoulé cent années depuis « la naissance de l'absent. C'est une conséquence de ce « que les lois disent qu'une personne ne doit pas être « présumée vivre plus de cent ans.

« Il suit de là que le testament d'un absent, de la mort « duquel on ne rapporte pas la preuve, ne doit être exé« cuté que quand il s'est écoulé cent années depuis sa « naissance; ainsi la caducité des legs faits par un tel « testament peut avoir lieu par le décès des légataires « avant cette époque.

« Il suit aussi de là que l'usufruit dont l'absent jouis« sait, ne peut être sensé réuni à la propriété avant la « même époque.

« Il faut en dire autant, avec Ricard, des substitu-

« tions dont l'absent peut être grevé ; elles ne sont ou-
« vertes qu'à pareille époque ; et elles deviennent cadu-
« ques, si ceux qui sont appelés à les recueillir décèdent
« auparavant.

« De même encore, une demande en distraction de lé-
« gitime ne peut être intentée contre les donataires d'un
« absent avant l'époque dont il s'agit. »

5. — Assurément, il n'était pas juste de confier pendant si longtemps aux héritiers ab intestat la possession des biens légués ou grevés de substitution ; des biens dont l'absent était donataire avec stipulation du droit de retour au profit du donateur ; des biens surtout dont il n'avait que l'usufruit ! de leur confier, dis-je, ces biens, en présence et au détriment du légataire, du substitué, du donateur, du nu-propriétaire.

Il était moins juste encore de finir, après cela, par déclarer le legs et la substitution caducs, et le droit de retour perdu, si le légataire, le substitué ou le donateur ne survivaient pas à l'expiration des cent ans, depuis la naissance de l'absent !

Aussi, même dès ce temps-là, Bretonnier blâmait-il ces décisions.... *durus est hic sermo ;* et il pensait :

1° Qu'au bout d'un certain délai, l'appelé, le légataire, etc., devaient obtenir la possession des biens qui faisaient l'objet de la substitution ou du legs, etc. ;

2° Que ni le legs ni la substitution ne devaient être caducs par le décès du légataire et de l'appelé, avant l'expiration de ce délai, mais que leurs droits, au contraire, devaient passer à leurs héritiers (Questions de Bretonnier, *des Absents*, chap. III).

Tel était aussi l'avis du président Favre (dans son Code *de Oblig. et act. def.*), qui en donnait ce motif, adopté depuis par notre Code :

Is curator bonis dari solet, cujus magis interest bona conservari, ac proinde qui bona, in casum mortis, habiturus est (*infra*, nos 71 et 72).

6. — Quoi qu'il en soit, et malgré ces dissidences, il me paraît vrai de dire que notre ancien droit, en confiant la possession des biens de l'absent à ses héritiers présomptifs, se proposait, non pas de donner provisoirement ouverture aux droits subordonnés à la condition de son décès, mais surtout de pourvoir à l'administration de sa fortune ; et cela est si vrai que, lorsque le mandataire laissé par l'absent était l'un des héritiers présomptifs, les autres héritiers eux-mêmes ne pouvaient pas obtenir l'envoi en possession (*supra*, n° 3).

Toutefois, il est remarquable que la communauté de biens entre l'absent et son conjoint, qui, d'après ces principes, n'aurait dû logiquement se dissoudre qu'à l'époque où l'absent aurait atteint sa centième année, si l'époux présent avait vécu jusqu'à cette époque, il est, dis-je, remarquable que cette communauté était provisoirement dissoute par l'envoi en possession des héritiers (Pothier, *de la Communauté*, n° 505).

7. — Quant au mariage lui-même, Pothier, si scrupuleux pourtant, pensait que la présomption de mort, qui résulte de l'expiration d'un siècle depuis la naissance de l'absent, pouvait autoriser l'époux présent à se remarier (*du Contrat de mariage*, n° 106).

Mais la grande majorité des auteurs refusait d'appliquer cette présomption au mariage, et n'admettait le conjoint présent à se remarier qu'autant qu'il prouvait la mort de l'absent (Bretonnier, *des Absents*, ch. I; Merlin, *Rép.*, t. I, v° *Absent*, n° 6 ; *voy.* aussi Demante, *Encyclop. du droit*, v° *Absence*, § 1).

8. — Telles étaient les règles principales de notre ancien droit ; et il nous sera facile bientôt de reconnaître combien elles ont préparé et facilité le travail des rédacteurs du Code Napoléon ; mais il faut ajouter que lorsqu'ils eurent eux-mêmes à s'en occuper, ces règles étaient éparses çà et là, diverses comme toutes les coutumes, incomplètes partout et encore très-incertaines. (*Voy.* dans

la Revue historique de droit français et étranger, 1856, p. 209 et suiv., l'intéressant article de M. Villequez, sur l'*Absence en droit romain et dans l'ancien droit français*.)

Il serait donc aussi injuste de méconnaître la part qui revient à l'expérience du passé dans l'œuvre nouvelle, que de refuser à ses auteurs le mérite qui leur appartient, d'être les premiers qui aient organisé, et même, en beaucoup de points importants, créé sur l'absence une loi générale, un corps de doctrine enfin et un système.

Les longues guerres de la Révolution et de l'Empire (*voy.* toutefois *infra, Appendice*, nos 337-353), les émigrations politiques, les moyens plus faciles et plus rapides de communication, les progrès du commerce et de la civilisation générale, qui, en multipliant les voyages, dispersent une foule de Français sur tous les points du globe, toutes ces causes, dont quelques-unes ont encore acquis, dans ces dernières années, tant de développements et de puissance, avaient déjà, dès 1804, rendu cette loi plus nécessaire; et c'est alors surtout qu'il était vrai de dire ce que Bretonnier lui-même écrivait de son temps :

« Il n'y a point de matière qui ait plus besoin d'un « règlement que celle-ci. » (*Des Absents*, introduction.)

9. — Ce qui caractérise essentiellement l'absence et la théorie juridique qui la gouverne, c'est l'incertitude entre la vie et la mort de l'absent, qui ne sont ni l'une ni l'autre prouvées; c'est la lutte entre la présomption de vie, fondée sur ce que le décès n'est pas connu, et la présomption de mort, fondée sur le défaut absolu de nouvelles.

Tel est le principe de toutes les mesures auxquelles nous allons assister.

Ces mesures suivront naturellement la même progression que l'incertitude qui les produit; on distingue même, à cet égard, dans l'absence, trois périodes :

1° La première, à compter de la disparition ou des dernières nouvelles, jusqu'au jugement de déclaration d'ab-

sence, qui peut être rendu au bout de cinq ans ou de onze ans, suivant que l'absent a laissé ou n'a pas laissé de procuration; cette période est celle de la présomption d'absence;

2° La seconde commence avec le jugement de déclaration d'absence, et dure, en général, pendant trente ans, ou jusqu'à ce que l'absent ait atteint l'âge de cent ans; c'est l'époque de l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent au profit des héritiers présomptifs et des autres ayants droit;

3° Enfin, la troisième période commence au moment où finit la seconde, et dure indéfiniment, jusqu'à ce qu'on ait des nouvelles de l'absent, ou la preuve de son décès; c'est l'époque de l'envoi en possession définitif.

10. — Cette division tripartite de notre sujet est presque partout proposée comme générale et placée en tête même de ce titre. Elle résulte, en effet, des différents articles du Code Napoléon; et je crois même aussi qu'il est vrai de dire qu'elle plane, en quelque sorte, sur tout son système.

Mais pourtant il est essentiel de remarquer que la loi en fait surtout et plus spécialement l'application aux biens qui appartenaient déjà à l'absent, lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles (comp. art. 112, 120, 123, 129). Il importe d'en être averti, et de ne pas, dès lors, l'appliquer sans examen et sans précautions à d'autres intérêts, soit, par exemple, aux droits éventuels qui peuvent s'ouvrir au profit de l'absent depuis sa disparition, soit à l'état de son conjoint (*infra*, n°s 203 et 265).

11. — La même remarque est également vraie, en ce qui concerne l'influence de cette distinction des époques sur les chances diverses de la lutte entre les deux présomptions contraires, qui se trouvent ici en présence.

On demande souvent : l'absent est-il présumé vivant? l'absent est-il présumé mort?

Et on a coutume de dire que, pendant la première pé-

riode, la présomption de vie est celle qui domine; que, dans la seconde, la présomption de mort commence à prendre le dessus; et qu'enfin cette dernière présomption l'emporte et triomphe décidément dans la troisième période.

Eh bien! ces différentes propositions ne sont encore exactes qu'à l'égard des droits qui appartenaient déjà à l'absent, lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles; mais il ne faudrait pas les étendre ni les généraliser. Nous verrons même qu'on pourrait plutôt dire qu'à l'égard des droits éventuels, qui s'ouvrent depuis les dernières nouvelles de l'absent, la présomption de mort domine déjà, même dans la première période (art. 135, 136); tandis qu'à l'égard du mariage, la présomption de vie domine toujours, même dans la dernière (art. 147, 139). Mais la vérité est que jamais l'incertitude légale ne cesse complétement, et que si la présomption de vie et la présomption de mort obtiennent tour à tour l'une sur l'autre certains avantages partiels, ni l'une ni l'autre ne règne jamais, sur tous les points, absolument et sans partage.

Le plus sûr est donc de ne point exprimer, à cet égard, de proposition absolue; et c'est bien ce que fait la loi elle-même, qui, par aucun texte, ne consacre, en effet, de véritable présomption sur ce point (comp. Cass., 23 janv. 1865, Poupardin, Dev., 1865, I, 69; Proudhon, t. I, p. 256; Duranton, t. I, nos 389, 390 et 484; Plasman, t. I, p. 119-123; ajout. Orléans, 22 nov. 1850, Marcheix, Dev., 1851, 2, 553).

12. — Voici, au contraire, une règle, que l'on peut considérer comme invariablement applicable à tous les effets de l'absence, c'est que l'incertitude de la vie de l'absent, une fois qu'elle prend naissance, remonte au jour même de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, et date toujours de cette époque, à mesure qu'elle se fortifie et s'aggrave avec le temps; si bien

que lorsqu'il y a lieu de présumer le décès, c'est à cette même époque qu'il faut, dans tous les cas, le reporter.

Cette proposition, aujourd'hui certaine (art. 123), était très-controversée dans l'ancien droit (comp. Bretonnier, *Quest. des Absents*, chap. III).

Les uns voulaient que la succession de l'absent ne fût réputée ouverte que du jour où l'on commençait à désespérer de recevoir de ses nouvelles, et où l'on envoyait ses héritiers présomptifs en possession de ses biens; il n'est pas, disait-on, présumable que l'absent soit mort au moment même de la date de ses dernières nouvelles; on exceptait seulement le cas où sa présence dans une bataille, sur un bâtiment naufragé, ou dans tout autre événement de ce genre, rendait cette présomption de décès vraisemblable.

Pothier, qui adopte cet avis dans son Introduction au titre XVII de la *coutume d'Orléans* (n° 37), professe, au contraire, l'autre sentiment dans son *Traité des Successions* (chap. III, sect. I, § 1).

C'est celui-ci que notre Code a suivi, et avec beaucoup de raison. D'abord, comme le dit Pothier, « par « rapport à la société, c'est à peu près la même chose « qu'un homme n'existe point ou qu'on n'ait aucune « connaissance de son existence.... » Et puis, dans l'impossibilité d'assigner sa mort à une époque plutôt qu'à une autre, n'est-il pas logique de s'arrêter au dernier signe de vie connu de lui? cette règle est certainement aussi moins arbitraire que toute autre.

13. — On a pu reconnaître, d'après ce que j'ai dit déjà, combien il importe de distinguer avec soin les différents intérêts auxquels il s'agit d'appliquer les règles de l'absence.

Or, il faut avouer précisément que notre titre n'est pas, sous ce rapport, conçu et distribué avec toute la méthode et toute la netteté désirables. Je crois que ce dé-

faut a pu contribuer beaucoup à augmenter les doutes et les difficultés de ce sujet, déjà si ardu; et il n'en est dès lors que plus nécessaire de chercher une division qui puisse en favoriser l'exposition doctrinale.

Je diviserai donc toute la matière de l'absence en deux grandes parties :

Dans la première, je supposerai que l'absent n'est pas marié, et n'a pas d'enfant mineur; et j'examinerai les effets de son absence, dans cette hypothèse :

1° Quant aux biens qui lui appartenaient déjà, lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles;

2° Quant aux droits éventuels, qui peuvent ensuite s'ouvrir à son profit.

Dans la seconde partie, je supposerai que l'absent est marié; et j'examinerai les effets de son absence, en ce qui concerne son conjoint, ses conventions matrimoniales, et ses enfants.

Je pense que nous apprécierons mieux ainsi les modifications, que l'existence du conjoint de l'absent peut apporter, à l'égard des tiers, aux règles qui nous seront alors connues.

14. — Mais, avant tout, il faut bien nous entendre sur la signification des termes, que nous allons employer.

Il y a ici trois mots, qui représentent trois situations différentes : le *non présent*, le *présumé absent*, l'*absent proprement dit* :

1° Le non présent est celui qui n'est pas actuellement à son domicile, ou dans un endroit quelconque où sa présence serait utile, mais sur l'existence duquel d'ailleurs ne s'élève aucun doute. On le nomme souvent absent dans le langage ordinaire; et la loi elle-même donne quelquefois au mot *absent* cette signification étendue (art. 316 Code Napol.; 909-3°; 910, 911-2°, 942, 943 Code de Procéd.). D'autres fois aussi, et plus exactement alors, elle le qualifie de *non présent* (art. 819, 840 Code

Napol., 228 Code de Procéd.). Ce n'est pas de cette non-présence qu'il est question dans notre titre (*voy.* toutefois *infra*, n° 18).

2° Le présumé absent est celui dont l'existence est déjà incertaine, et dont la situation constitue la première époque de l'absence.

3° L'absent proprement dit est celui qui est déclaré tel par jugement.

Telle est rigoureusement aujourd'hui l'acception véritable et technique du mot *absent;* et lorsqu'il sera ainsi employé seul, on pourra, suivant les cas, être autorisé à en conclure qu'il ne s'agit que de l'absent déclaré; mais ce moyen d'interprétation n'est pas, à beaucoup près, péremptoire; car la loi elle-même, comme nous venons de le voir, emploie quelquefois le mot absent dans son acception la plus vulgaire; et d'autres fois elle désigne aussi sous le nom générique d'absent, celui qui n'est encore que présumé tel (art. 155); et cela se conçoit, puisque la présomption d'absence est placée dans le titre même *des Absents*, et que le présumé absent est déjà effectivement un absent.

Enfin, cette expression est encore employée dans un sens tout à fait spécial et étranger à notre sujet, par l'article 2265.

De tout cela, il résulte que la signification des mots n'est pas assez précise ni assez arrêtée pour fournir jamais, surtout à elle seule, un argument décisif.

14 *bis* (1). —Nous voulons encore examiner ici, préalablement, une question générale, à savoir :

Si ce titre du Code Napoléon est applicable aux étrangers qui possèdent des biens en France; ou, en d'autres termes, si les tribunaux français peuvent déclarer l'absence d'un étranger?

Nous n'hésiterions pas à reconnaître la compétence des tribunaux français, en tant qu'il s'agirait seulement d'or-

donner des mesures conservatoires (*voy.* notre *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois en général*, etc., n° 70).

A ce point de vue, on pourrait dire que les règles sur la présomption d'absence, écrites dans les articles 112 à 115, sont applicables aux étrangers, parce que ces règles, en effet, se bornent à autoriser les magistrats à ordonner les mesures provisoires et conservatoires qu'il est, en général, nécessaire de prendre en ces circonstances.

Et si, en fait, l'étranger n'avait, en France, ni domicile ni résidence, la partie intéressée, qui voudrait requérir ces mesures, pourrait porter sa demande devant le tribunal de la situation des biens appartenant à l'étranger. (Comp. *infra*, n° 20; Douai, 2 août 1854, L'Administr. des Domaines, Dev., 1854, 2, 700.)

14 *bis* (2). — Mais faut-il aller jusqu'à dire que les tribunaux français pourraient déclarer l'absence d'un étranger, et qu'il y aurait lieu dès lors d'appliquer à cet étranger le régime de l'absence, les envois en possession provisoire et définitif, et toutes les conséquences qui s'ensuivent?

On a proposé une distinction :

Si l'étranger n'avait jamais eu, en France, de domicile ni de résidence, son absence ne pourrait pas être déclarée par les tribunaux français.

Si, au contraire, l'étranger avait eu, en France, un domicile ou une résidence, les tribunaux français pourraient déclarer son absence.

Le motif de cette distinction est que, dans le premier cas, il serait impossible de remplir, à l'égard de l'étranger, les formalités préalables et tutélaires, qui sont la condition de la déclaration d'absence (*voy.* les art. 115, 116).

Tandis que ces formalités, au contraire, pourraient être remplies dans le second cas, à l'égard d'un étranger,

aussi bien qu'à l'égard d'un Français (comp. Gand, *Code des étrangers*, nos 402 et suiv.; Devilleneuve, *Observations*, 1854, 2, 700, 1-3).

Nous admettons, tout d'abord, aussi que les tribunaux français ne pourraient pas déclarer l'absence d'un étranger, qui n'aurait jamais eu, en France, ni domicile ni résidence; et nous acceptons également le motif qui vient d'en être donné, savoir : l'impossibilité même qu'il y aurait alors de remplir les formalités tutélaires de la déclaration d'absence, qui supposent essentiellement que la personne qui a disparu, avait, en France, un domicile ou une résidence.

Mais ce motif n'est pas le seul qui nous détermine; il en est encore un autre, et qui est, selon nous, un motif plus général et plus élevé, qui s'oppose à ce que les tribunaux français puissent déclarer l'absence d'un étranger; et si ce motif est vrai, comme nous le pensons, il ne comporte aucune distinction entre l'hypothèse où l'étranger n'avait, en France, ni domicile ni résidence, et l'hypothèse contraire.

En effet, nous avons établi que les lois personnelles françaises ne régissent que les Français, et que les étrangers, en France, demeurent soumis aux lois personnelles de leur pays, c'est-à-dire aux lois qui gouvernent leur état et leur capacité (arg. de l'article 3; voy. notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'Application des lois*, etc., nos 97 et suiv.);

Or, la loi qui a organisé, en France, le régime de l'absence, est une loi personnelle (comp. les nos 1 et 20 de ce traité);

Donc, elle n'est applicable qu'aux Français; donc, en ce qui concerne le régime de l'absence, les étrangers demeurent soumis à la loi de leur pays.

Que notre titre des *Absents* appartienne à l'ordre des statuts personnels, cela ne saurait être contesté; voilà bien pourquoi il a été placé dans le livre I, qui s'occupe

des personnes; et nous allons voir, en effet, l'influence considérable que le régime de l'absence exerce sur la personne tout entière de l'absent, non-seulement sur son patrimoine, mais aussi sur ses conventions matrimoniales, sur la puissance maritale et paternelle, etc.

Aussi, ne pourrait-on induire, ni directement, ni indirectement, d'aucun texte, que notre loi sur l'absence, organisée, comme toutes nos lois, pour les Français, doive être appliquée aussi aux étrangers (*voy.* notre *Traité de la Publication, des Effets et de l'Application des lois,* etc., n° 240).

Cette conséquence, en effet, ne saurait résulter de ce que les étrangers peuvent posséder des biens en France; car il n'y a point de corrélation entre la faculté de posséder des biens en France et la question de savoir si l'étranger peut être déclaré absent par les tribunaux français.

C'est donc devant les tribunaux du pays, auquel l'étranger appartient, que doivent se pourvoir, avant tout, les parties intéressées, quelles qu'elles soient, françaises ou étrangères, qui prétendraient que l'étranger, qui possède des biens en France, doit être considéré comme absent; car c'est, en effet, d'après les lois de ce pays que cette *question d'état* doit être préalablement jugée.

Est-ce que, par exemple, si la loi personnelle et nationale de l'étranger disposait que l'absence ne pourra être déclarée qu'après un délai de vingt ans sans qu'on ait reçu de nouvelles, ou bien lorsque l'absent aura atteint l'âge de cent ans, est-ce qu'il serait possible de déclarer l'absence de cet étranger, en France, après cinq ans seu lement, depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles!

Cela serait, selon nous, tout à fait impossible.

Donc, c'est par les tribunaux étrangers, et d'après la loi personnelle et nationale de l'étranger, que la question relative à son absence doit être résolue (comp. Douai,

2 août 1854, l'Administ. des domaines, Dev., 1854, 2, 700).

Cette doctrine nous paraît certaine, soit pour le cas où l'étranger n'aurait jamais eu, en France, ni domicile ni résidence, soit aussi pour le cas où il n'aurait eu, en France, qu'une simple résidence, ou même seulement un domicile de fait, sans autorisation de l'Empereur.

Faudrait-il l'appliquer également au cas où l'étranger aurait été autorisé par l'Empereur a établir son domicile en France?

On pourrait, pour la négative, invoquer l'article 13, d'après lequel l'étranger jouit alors, en France, de *tous les droits civils;* on ajouterait que le régime de l'absence, considéré au point de vue de la protection qui en résulte pour l'absent, semblerait devoir, en effet, lui être appliqué.

Et pourtant, même dans ce cas, cette solution nous paraîtrait contestable ; car nous avons vu que l'étranger, alors même qu'il est domicilié en France avec l'autorisation de l'Empereur, n'en demeure pas moins soumis aux lois personnelles de son pays (*voy.* notre *Traité de la publication, des effets et de l'application des lois*, etc., nº 266).

Tout au plus donc pourrait-on admettre que l'absence de l'étranger pourrait être déclarée par les tribunaux français, dans le cas seulement que Demante suppose, où cet étranger, domicilié avec autorisation, aurait quitté son ancienne patrie et ne serait plus en réalité soumis à ses lois personnelles (t. I, nº 28 *bis*, 11).

PREMIÈRE PARTIE.

DE L'ABSENCE, EN CE QUI CONCERNE D'ABORD L'INDIVIDU NON MARIÉ ET SANS ENFANT,

1° QUANT AUX BIENS QUI LUI APPARTENAIENT DÉJA LORS DE SA DISPARITION OU DE SES DERNIÈRES NOUVELLES;

2° QUANT AUX DROITS ÉVENTUELS QUI PEUVENT ENSUITE S'OUVRIR A SON PROFIT.

SECTION I.

DES BIENS QUI APPARTENAIENT DÉJA A L'ABSENT LORS DE SON DÉPART OU DE SES DERNIÈRES NOUVELLES.

SOMMAIRE.

15. — Division : 1° De la présomption d'absence ; 2° de l'envoi en possession provisoire ; 3° de l'envoi en possession définitif ; 4° des différents cas dans lesquels les envoyés en possession peuvent être tenus de restituer les biens de l'absent.

15. — Ainsi que je l'ai dit (*supra*, n° 11), c'est surtout aux biens dont nous allons nous occuper que la distinction des époques est appliquée par la loi.

Notre division est donc ici très-simple ; et nous examinerons successivement les mesures par lesquelles ils sont régis :

1° Pendant la première période, celle de la présomption d'absence ;

2° Pendant la seconde période, celle de la déclaration d'absence et de l'envoi en possession provisoire ;

3° Pendant la troisième période, celle de l'envoi en possession définitif ;

4° Enfin, nous rechercherons dans quels cas ceux qui ont été envoyés en possession des biens de l'absent peuvent être obligés de les restituer, et quels sont, suivant les différents cas, les effets de cette obligation.

N° 1. — *Première période.* — *Présomption d'absence.*

SOMMAIRE.

16. — Division : 1° dans quels cas y a-t-il présomption d'absence ; 2° quel est alors le tribunal compétent ; 3° quelles sont les parties intéressées ; 4° quelles sont les mesures à prendre.

1° Dans quels cas y a-t-il présomption d'absence ?

17. — La présomption d'absence commence avec l'incertitude sur l'existence de la personne. — C'est là une question de fait et de circonstances.
18. — Les mesures autorisées pour le cas de présomption d'absence, pourraient-elles être prises dans l'intérêt d'une personne seulement non présente, et dont l'existence ne serait pas incertaine ? — Ses héritiers présomptifs pourraient-ils agir en cette qualité ? — *Quid*, du ministère public ?
19. — La procuration laissée par l'individu qui a disparu et qui a cessé de donner de ses nouvelles ne l'empêche pas d'être présumé absent.

2° Quel est le tribunal compétent ?

20. — Régulièrement, le tribunal compétent est celui du domicile, ou, à défaut de domicile, celui de la dernière résidence du présumé absent. — *Quid*, si ce tribunal ne pouvait pas apprécier convenablement les mesures à prendre à l'égard d'un bien situé dans un autre arrondissement ? — *Quid*, en cas d'urgence ?
21. — Quelle est la marche à suivre ? — Peut-on produire un *acte de notoriété ?* ou faire entendre les personnes qui seraient en état de fournir des renseignements sur le présumé absent ?

3° Quelles sont les parties intéressées ?

22. — Les parties intéressées sont celles qui ont un intérêt pécuniaire, soit actuel, soit futur.
23. — Il faut un intérêt pécuniaire et non pas un simple intérêt d'affection.
24. — Point de difficulté, quand l'intérêt est actuel. — Exemples.
25. — *Quid*, si un créancier veut obtenir une condamnation contre le présumé absent, ou faire exécuter un titre paré ?
26. — Un intérêt futur et éventuel suffit. — Mais faut-il qu'il ait son principe dans un acte ? — Les héritiers présomptifs du présumé absent peuvent-ils agir ?
27. — *Quid*, à l'égard des légataires ?
28. — *Quid*, à l'égard du conjoint du présumé absent ? — Renvoi.
29. — Le ministère public est spécialement chargé de veiller aux intérêts des présumés absents, soit par voie de réquisition, soit même aussi par voie d'action.

30. — Toutefois, il ne s'ensuit pas que le procureur impérial puisse lui-même agir directement contre les tiers.

4° Quelles sont les mesures à prendre?

31. — Le principe est qu'on ne doit ordonner que de simples mesures d'administration, seulement lorsqu'il y a nécessité, et dans les limites de cette nécessité même. — La nature de ces mesures dépend des circonstances.

32. – Il n'y a lieu, en général, de prendre aucunes mesures, lorsque le présumé absent a laissé un procureur fondé. — *Quid*, pourtant, si la procuration ne comprend pas les biens qui sont en souffrance?

33. — *Quid*, encore, si la procuration venait à cesser?.... si le procureur fondé commettait des malversations ou tombait en déconfiture?.... ou s'il avait des intérêts contraires à ceux du présumé absent ?

34. — Exemples des différentes mesures qui peuvent être ordonnées.

35. — Il peut être nécessaire de pénétrer dans les papiers du présumé absent. — Comment doivent se faire cette perquisition et cet examen?

36. — Le tribunal pourrait-il nommer un curateur?

37. — Le curateur ainsi nommé serait-il tenu d'accepter la mission dont le tribunal l'aurait chargé?

38. — Le curateur représente le présumé absent dans toutes les affaires auxquelles son mandat s'applique. — Dans le doute, ce mandat devrait être plutôt restreint qu'étendu.

39.— Les tiers peuvent-ils quereller la nomination du curateur?.... ou refuser de se libérer entre ses mains, en alléguant son insolvabilité? — Quel est, à l'égard du présumé absent, l'effet de la chose jugée entre les tiers et le curateur ?

40. — Aux termes de l'article 113, le présumé absent doit être représenté par un notaire dans les inventaires, comptes, partages ou liquidations dans lesquels il est intéressé. — De quelles successions il s'agit dans cet article. — *Quid*, si déjà le tribunal avait nommé un curateur?

41. — *Quid*, si le présumé absent lui-même avait laissé, à cet effet, un procureur fondé?

42. – Il faudrait nommer autant de notaires qu'il y aurait de présumés absents intéressés dans un partage. — Différence entre l'article 113 du Code Napoléon et les articles 928 et 931 du Code de procédure.

43. — Quels sont les pouvoirs du notaire dans le cas de l'article 113? — Peut-il provoquer le partage?.... plaider.... transiger.... compromettre ?

44. — Peut-il instrumenter lui-même, comme notaire, dans les opérations du partage et de la liquidation?

45. — *Quid*, si le notaire a excédé ses pouvoirs?

45 *bis*. — *Quid*, s'il a reçu des sommes dues au présumé absent?

46. — A la charge de qui sont les frais auxquels donnent lieu les mesures prises pendant cette première période ?
47. — Comment finit la présomption d'absence ?

16. — Des trois articles qui composent ce premier chapitre (art. 112-114) résulte cette proposition générale, savoir :

Lorsqu'il y a présomption d'absence, le tribunal compétent, saisi par les parties intéressées, ordonne les mesures nécessaires.

Il nous faut donc voir :

1° Dans quels cas il y a présomption d'absence ;

2° Quel est alors le tribunal compétent ;

3° Quelles sont les parties intéressées ;

4° Quelles sont les mesures à prendre.

1° Dans quels cas y a-t-il présomption d'absence ?

17. — La présomption d'absence commence avec l'incertitude sur l'existence de la personne ; le point de départ de cette première époque dépend donc entièrement des circonstances. On comprend, en effet, que cette incertitude naîtra plus ou moins vite, suivant les habitudes ou la profession plus ou moins sédentaires de la personne, suivant les causes plus ou moins explicables de sa disparition et du défaut de nouvelles, suivant enfin qu'on aura plus ou moins de raison de croire à un accident, comme si, par exemple, le bruit s'était répandu que le vaisseau qui portait l'absent a fait naufrage, etc....

Seulement, bien entendu, il ne faudrait pas qu'il fût établi que l'individu a, en effet, péri dans quelque désastre. Il y aurait alors preuve du décès ; il n'y aurait plus d'incertitude, ni par conséquent d'absence (comp. Caen, 24 février 1843, Laga, *Rec. des arr. de Caen*, t. VII, p. 629 ; *voy.* aussi notre *Traité des actes de l'état civil*, n° 308).

On ne saurait donc rien dire, à cet égard, d'absolu,

ni prétendre, comme on l'a fait, par argument de l'article 142, que la présomption d'absence ne doit pas commencer avant l'expiration de six mois, à partir des dernières nouvelles. Cette disposition me paraît être spéciale et ne point d'ailleurs faire obstacle à ce que les juges apprécient souverainement, d'après les faits, s'il y a ou s'il n'y a pas d'incertitude sur l'existence de la personne. C'est à leur sagesse et à leur prudence qu'il appartient d'éviter tout à la fois une précipitation indiscrète, qui s'initierait trop tôt dans ses affaires, et une attente trop longue, qui pourrait mettre ses intérêts en péril (*infra*, n° 52; comp. Nancy, 26 mars 1874, Baudot Dev., 1874, II, 165).

18. — Zachariæ (t. I. p. 280) enseigne que les mesures autorisées par la loi dans l'intérêt des présumés absents, sont également applicables aux personnes dont l'existence est certaine, et dont on ignore seulement la résidence actuelle.

Tel est aussi le sentiment de Proudhon (t. I, 253, 255, 259 et 263), qui va plus loin encore, et qui applique les mêmes mesures à ceux dont la résidence actuelle ne serait pas ignorée: « par exemple, dit-il, « à un homme reconnu existant dans les colonies, et « dont le patrimoine et les affaires seraient tels, qu'il « y eût nécessité de les confier à un administrateur. »

L'auteur invoque l'article 131, qui porte que:

« Si l'absent reparaît ou si son existence est prouvée « pendant l'envoi provisoire, les effets du jugement qui « aura déclaré l'absence cesseront, *sans préjudice, s'il « y a lieu, des mesures conservatoires prescrites au chapitre premier du présent titre pour l'administration de « ses biens.* »

Quelques observations me paraissent, à cet égard, nécessaires:

J'ai dit plus haut (n° 14) que le présumé absent est celui dont l'existence est déjà devenue incertaine; or, le

chapitre premier est intitulé : *de la présomption d'absence ;* et les articles qui le composent reproduisent tous les trois les mots de *présumé absent ;* donc, il résulterait de là que les dispositions de ce chapitre ne seraient pas applicables à l'individu dont l'existence n'est pas incertaine.

Cette conclusion est assurément exacte, en ce sens qu'il ne paraît pas, en effet, contestable que l'absence, qui fait l'objet de notre titre, l'absence considérée comme une modification de l'état de la personne, ne concerne que ceux sur l'existence desquels s'élèvent déjà des doutes. La preuve en résulte des déclarations positives faites par les orateurs du gouvernement (Bigot de Préameneu, *Exposé des motifs*) et des articles mêmes du Code Napoléon (art. 135, 136). La déclaration d'absence ne peut être prononcée qu'après cinq ans au plus tôt *de disparition sans nouvelles* (art. 115, 119); or, précisément, ces cinq années qui la précèdent sont celles de la présomption d'absence (art. 112, 114) ; donc, la présomption d'absence suppose nécessairement qu'on n'a point de nouvelles de la personne. Le mot *présumé absent*, appliqué à l'individu éloigné de son domicile, mais dont l'existence est d'ailleurs certaine, serait même une espèce de non-sens ; car cet individu est tout à fait absent, ou il ne l'est pas du tout ; il l'est tout à fait, si vous employez le mot *absent*, suivant l'acception vulgaire, pour désigner celui qui est éloigné de ses affaires ; il ne l'est pas du tout, suivant l'acception technique qui désigne celui dont l'existence est incertaine ; mais, en aucun cas, il ne peut être *présumé* absent ! Légalement donc il est *non présent*, voilà tout ; aussi, tous les auteurs sont-ils d'accord pour reconnaître que ce titre, en effet, ne s'occupe que de ceux dont l'existence est incertaine (Toullier, t. I, n° 385 ; Duranton, t. I, n° 388 ; de Moly, n°s 9 et suiv. ; Talandier, p. 8-9 ; Plasman, t. I, p. 13-17 ; Demante, *Encyclop. du droit*, v° *Absence*, *préambule*).

L'hypothèse proposée par Proudhon et Zachariæ n'appartient donc pas à notre sujet, ni surtout à notre titre; mais il faut convenir aussi qu'elle s'en rapproche beaucoup, et qu'il est dès lors naturel d'en parler à cette occasion.

Eh bien ! donc, un homme est éloigné du centre de ses affaires, il est, par exemple, dans un pays étranger, ou même, allons jusque-là ! dans un département français avec lequel les communications sont actuellement interrompues par une cause quelconque. Il est certain d'ailleurs que cet homme existe; aucun doute sur ce point. Cependant sa fortune est en souffrance; ses biens sont abandonnés.

Je demande s'il y a lieu de prendre, dans son intérêt, des mesures quelconques ?

Pour la négative, on pourrait dire:

Nul n'a le droit de s'immiscer dans le patrimoine d'un individu majeur et capable. La loi respecte même à ce point l'inviolabilité du domicile, que le projet de Code n'avait d'abord pris aucune mesure pour intervenir dans l'administration des biens du *présumé absent* lui-même. Ce n'est qu'ensuite et plus tard que le chapitre premier a été adopté; il est donc clair que le législateur n'a pas voulu autoriser un système qui, sous prétexte de rendre service aux individus éloignés de leur domicile, violerait le secret de leurs affaires privées, et constituerait une véritable atteinte à la liberté, puisque il ne serait plus, en quelque sorte, possible d'entreprendre un voyage sans s'exposer a ce danger ! (Comp. Toullier, t, I, n° 386.)

Ces considérations sont très-graves; et il n'est pas douteux qu'on ne saurait apporter, en pareil cas, trop de circonspection et de réserve; il n'est pas douteux que chacun a le droit de se conduire comme il entend, même de négliger l'administration de ses biens, et qu'en tout cas, il ne faut pas que la négligence et l'incurie deviennent, aux yeux de la loi, un titre à une protection

spéciale. Tout cela est vrai; mais doit-on en conclure que jamais, en aucune circonstance, il n'y a lieu de prendre des mesures dans l'intérêt des individus dont l'existence est certaine, mais que leur éloignement, la mort de leur mandataire ou tout autre accident de force majeure et imprévu, empêche actuellement de pourvoir à des intérêts pressants? Faudra-t-il, par exemple, si un toit est à découvert, laisser l'eau pénétrer partout dans la maison, et la détruire, avec tous les meubles qui s'y trouvent?

Cette conclusion radicale ne pourrait être acceptée par personne; car elle serait contraire non seulement à l'intérêt de l'individu éloigné de ses affaires, mais à celui des tiers auxquels il importerait que des mesures d'administration et de conservation fussent employées, mais à l'intérêt général de la société; elle serait enfin contraire aux lois elles-mêmes, qui, dans plusieurs occasions, viennent positivement au secours de l'individu non présent. On peut consulter à cet égard la loi des 16-24 août 1790, tit. III, art. 11; la loi des 28 septembre, 6 octobre, 1791, titr. I, sect. V, art. 1; la loi des 29 septembre, 6 octobre 1791, art. 7; l'arrêté du 22 prairial an V.

Je pense que ces lois pourraient encore être invoquées, en tant qu'elles n'ont pas été abrogées par les lois postérieures. Et d'abord, elles ne l'ont pas été par le titre *des Absents* du Code Napoléon, puisqu'il ne s'occupe pas de l'individu dont l'existence n'est point incertaine; et cela même fut positivement déclaré dans la discussion du conseil d'État (Locré, t. II, p. 293; *voy.* aussi loi du 30 ventôse an XII).

D'autres textes nouveaux, il est vrai, s'occupent des *non-présents* (*supra*, n° 14); mais comme ils ne prononcent aucune abrogation expresse des lois antérieures, et qu'ils ne renferment eux-mêmes que des dispositions partielles et spéciales, il s'ensuit qu'ils ne dérogent à ces lois antérieures que pour les cas qu'ils ont prévus (comp. de Moly, n° 7; Talandier, p. 8; Plasman, t. I, p. 3-7).

C'est ainsi que les partages dans lesquels sont intéressés des non-présents ne doivent plus être faits à l'amiable, comme d'après la loi du 6 octobre 1791, mais en justice, d'après les articles 819 et 840 du Code Napoléon.

Mais faut-il s'en tenir à ces lois? et ne peut-on rien faire de plus et au delà de ce qu'elles prévoient, dans l'intérêt des non-présents?

Ceci nous ramène à la question première, à celle de savoir si les mesures autorisées dans le cas de présomption d'absence pourraient aussi leur être appliquées?

Les dispositions qui s'occupent spécialement des non-présents sont bien incomplètes; elles ne prévoient guère que deux cas : celui où l'individu non présent est intéressé dans une succession, dans un partage, et celui où il s'agit de faire serrer la récolte d'un cultivateur *absent*, c'est-à-dire *non présent*, suivant la pensée évidente de la loi des 28 septembre, 16 octobre 1791, tit. I, sect. V, art. 1.

Mais combien d'autres hypothèses peuvent se présenter encore, dans lesquelles il serait utile et même nécessaire de pourvoir à l'administration des biens d'un non-présent! Une grosse réparation est indispensable; un débiteur va tomber en faillite; un droit va s'éteindre par la prescription, etc., etc.

Direz-vous : C'est le cas du quasi-contrat de gestion d'affaires (art. 1372-1375)? (Comp. notre *Traité des Engagements, qui se forment sous convention*, n° 78.)

Sans doute! mais remarquez que les tiers pourront très-bien hésiter à s'introduire, de leur autorité privée, dans le domicile de la personne non présente. Qui sait même s'ils n'en seraient pas repoussés par des agents infidèles, qui leur demanderaient de quel droit ils prétendent ainsi pénétrer dans des affaires qui ne sont pas les leurs? Et puis, est-ce que ceux qu'il s'agirait de poursuivre ne seraient pas fondés à se prévaloir du défaut de qualité des demandeurs? Il serait donc très-désirable que le tribunal pût autoriser, même dans ce cas, les mesures

d'administration que la situation rendrait nécessaires; et cela me paraît si utile et si raisonnable, que je pense qu'il en aurait, en effet, le pouvoir. S'il s'agissait d'un créancier de la personne non présente, l'article 1166 en fournirait facilement le moyen; mais, même dans les autres cas, j'invoquerais encore, par analogie, les articles 112 et 131. Ce serait là, j'en conviens, une interprétation extensive; car je viens d'établir moi-même que tout notre titre ne s'applique qu'au cas où il y a incertitude sur l'existence; et quant à l'article 131, qui autorise des mesures conservatoires dans le cas même où l'existence est prouvée, on pourrait très-bien répondre qu'autre chose est de maintenir et de continuer des mesures que l'absence déclarée avait déjà rendues nécessaires, autre chose de s'ingérer pour la première fois dans les affaires d'une personne, au moment même où il n'y a pas encore incertitude sur sa vie.... Quoi qu'il en soit, j'appliquerais ces articles, et je dirais avec Pœdius : *Quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cætera quæ tendunt ad eamdem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri* (L. 13, ff. *de Legibus*).

Mais il est clair que ces articles ne pourraient être invoqués que dans la mesure de l'analogie qui assimile les deux situations, et en maintenant, par conséquent, les différences qui, sous d'autres rapports, les séparent. Ainsi, les héritiers présomptifs, qui me paraissent avoir le droit d'agir dans le cas de *présomption d'absence* (*infra*, n° 26), ne pourraient pas invoquer cette seule qualité pour agir dans le cas de simple *non-présence*.

Quant au procureur de la République, je conviens qu'il est difficile de fonder sur un texte l'action qu'il exercerait alors dans l'intérêt des *non-présents*; car les articles 114 du Code Napoléon et 83-7° du Code de procédure ne s'appliquent qu'aux présumés absents; et de telles dispositions ne peuvent pas être facilement étendues (Ortolan et Ledeau, *Du ministère public en France*, t. I, ch. III,

p. 132). Pourtant l'opinion contraire, enseignée par M. Talandier (p. 12), invoque la loi des 16 24 août 1790, tit. VIII, art. 3, qui charge généralement le procureur impérial *de veiller pour les absents indéfendus;* on pourrait même aussi argumenter, en ce sens, de l'article 69-9° du Code de procédure, qui le charge également de prendre une mesure dans l'intérêt d'un non-présent; et je trouve cette solution si sage, que je crois, en effet, que le tribunal devrait faire droit à la requête du ministère public, qui demanderait, en pareil cas, des mesures conservatoires impérieusement indispensables dans l'intérêt d'un non-present.

Nous disons : *impérieusement indispensables* et qui ne devraient être, en conséquence, que provisoires et partielles, suivant la nécessité qui les exigerait; car nous croyons, avec MM. Aubry et Rau, que les tribunaux ne seraient pas autorisés, en ce cas, à nommer un curateur pour représenter le non-présent d'une manière générale (Zachariæ, t. I, p. 529; comp. Cass. 19 juin 1866, Vuillemot, Dev., 1866, I, 324; Bordeaux, 22 nov. 1870, Béguerie, Dev., 1871, II, 90; Nancy, 26 mars 1874, Baudot, Dev., 1874, II, 165).

19. — Le fait d'une procuration laissée par la personne qui a disparu, et dont on n'a point de nouvelles, n'empêche pas la présomption d'absence de s'élever.

La preuve en résulte :

1° Du texte même de l'article 112 : « S'il y a nécessité « de pourvoir à l'administration de tout ou partie des « biens laissés par une personne *présumée absente,* et qui « n'a point de procureur fondé.... » donc, une personne présumée absente peut avoir un procureur fondé;

2° De la raison et des principes; car si la procuration annonce un projet d'éloignement et l'esprit de retour, elle ne détruit pas, du moins toujours et nécessairement, l'incertitude de la vie, qui résulte du défaut absolu de nouvelles.

Assurément, cette circonstance devra porter les juges à ne pas reconnaître aussi facilement et aussitôt l'état de présomption d'absence; la loi, comme nous le verrons, retarde également, en pareil cas, le jugement de déclaration d'absence et l'ouverture de la seconde période (art. 121, 122); la procuration pourra bien aussi rendre inutiles des mesures d'administration; et encore, faudrait-il que le mandat fût suffisant pour pourvoir aux nécessités actuelles, et que le procureur fondé ne vînt pas à mourir. Mais enfin il n'en est pas moins vrai que le fait d'une procuration laissée par la personne qui a disparu de son domicile ne l'empêche pas d'être présumée absente, si, en effet, on n'a point de ses nouvelles et si sa trace est perdue.

Cela peut être important à l'égard des droits éventuels qui s'ouvriraient à son profit (art. 135, 136).

2° *Quel est le tribunal compétent?*

20. — Aucun texte ne décide, du moins explicitement, quel est le tribunal compétent. Le doute peut exister entre le tribunal du domicile ou, à défaut de domicile, de la dernière résidence de la personne qui a disparu, et les tribunaux des divers arrondissements où seraient situés les biens à l'administration desquels il s'agit de pourvoir.

Faut-il, dans tous les cas, et en quelque lieu que les biens soient situés, s'adresser au tribunal du domicile? ou peut-on, au contraire, porter directement la demande devant le tribunal de la situation des biens?

Les opinions, à cet égard, ne sont pas très-arrêtées; à la vérité, on s'accorde, en général, à reconnaître la compétence du tribunal du domicile; mais on se divise bientôt, lorsqu'il s'agit de savoir en quoi consiste cette compétence, si elle est ou si elle n'est pas exclusive.

Et d'abord, les principes généraux du droit et la raison même désignent le tribunal du domicile :

1° Les actions qui concernent l'état des personnes, *les questions d'état*, doivent être, en général, portées devant le juge du domicile du défendeur; ce n'est pas, comme on le dit quelquefois (Proudhon, t. I, p. 273; Duranton, t. I, n° 404), que ces actions soient *personnelles;* elles seraient même plutôt *réelles*, suivant la propriété exacte et scientifique de ces mots, puisque l'action n'est véritablement personnelle qu'autant que le demandeur soutient que le *défendeur* est *obligé* envers lui, et que les questions d'état proprement dites sont, au contraire, indépendantes de toute obligation personnelle entre les parties (Ducaurroy, *Inst. expl. de Actionibus*, §§ 1 et 13); mais il me paraît résulter de l'économie générale du Code de procédure que c'est le tribunal du domicile du défendeur qui doit être compétent, lorsqu'un autre tribunal n'est pas indiqué (comp. art. 2, 3, 59). *Actor sequitur forum rei;* or, il s'agit ici d'une sorte de question d'état, dans laquelle le présumé absent joue, à certains égards, le rôle de défendeur; donc, c'est le tribunal de son domicile qui doit être compétent, la loi n'en ayant pas indiqué d'autre.

2° C'est le tribunal du domicile qui est certainement compétent pour prononcer la déclaration d'absence (art. 115; Plasman, t. I, p. 99), car c'est là encore, et surtout à ce moment, une question d'état! car, bien qu'à aucune époque, on ne puisse dire que l'absence ouvre la succession, néanmoins elle donne lieu à des mesures et à un régime qui en présentent jusqu'à un certain point l'image (*infra*, n° 57); et, sous ce nouveau rapport, c'est le tribunal du domicile qui doit alors être compétent (art. 110;) or, il est logique que le même tribunal qui sera chargé de déclarer l'absence soit aussi appelé à connaître des mesures auxquelles peut donner lieu la première période, qui n'est, en quelque sorte, que la préface et l'introduction des deux autres.

3° C'est le tribunal du domicile, d'ailleurs, qui est plus à portée qu'aucun autre de savoir s'il y a ou s'il n'y a pas présomption d'absence, si les parents, les amis, les voisins ont recu des nouvelles de la personne qui a disparu ; tandis qu'au contraire, les divers tribunaux de la situation des biens, manquant le plus souvent, à cet égard, de renseignements, il pourrait arriver qu'une personne dont l'existence ne serait pas sérieusement incertaine au lieu de son domicile fût traitée comme présumée absente par un tribunal éloigné.

4° Ajoutez enfin que, s'il n'en était pas ainsi, il y aurait autant de tribunaux compétents que la personne aurait de propriétés situées dans des arrondissements différents, et qu'il pourrait en résulter une contrariété fâcheuse entre leurs décisions.

Tels sont les motifs qui ont rallié, à peu près, tous les suffrages à la compétence du tribunal du domicile.

Mais on n'est plus d'accord lorsqu'il faut en déterminer l'étendue et le caractère.

M. de Plasman, par exemple, considère cette compétence comme exclusive, à ce point que le tribunal de la situation des biens ne pourrait pas être valablement saisi, même en cas d'urgence ! (T. I, p. 25.)

D'autres partagent la juridiction entre le tribunal du domicile et celui de la situation des biens : au premier, le droit de statuer sur la présomption d'absence ; au second, le droit de statuer sur les mesures à prendre relativement aux biens situés dans son ressort, mesures dont la nécessité et la convenance ne peuvent être facilement et bien appréciées que par lui. On invoque, à l'appui de cette distinction, la discussion du conseil d'Etat, dans laquelle M. Regnier, en effet, déclara « que la prévention « d'absence doit être déclarée par le tribunal du domicile, « et que, d'après ce jugement, chaque tribunal doit « pourvoir à l'administration des biens situés dans son « ressort. » Il paraît même certain qu'un article avait été

rédigé en ce sens, dans la séance du 12 frimaire an x (Locré, t. IV, p. 85 et 304; comp. Proudhon, t. I, p. 258; Toullier, t. I, n° 290; Talandier, p. 33; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 189).

Je n'admettrais précisément ni l'une ni l'autre de ces deux opinions; cette dernière même me paraît devoir être signalée comme tendant à dénaturer le caractère général de la première période. Remarquons bien, en effet, qu'il n'y a pas lieu à un jugement préalable pour constater la présomption de l'absence; ce n'est que l'absence proprement dite qui doit être ainsi déclarée par un jugement *ad hoc*, d'une manière principale et distincte; dans la première période, au contraire, les parties concluent, directement et *de plano*, à l'adoption des mesures dont elles dénoncent la nécessité. Il résulterait d'ailleurs de ce système qu'il faudrait toujours deux instances et deux jugements, et que, par conséquent, les lenteurs et les frais seraient par cela même doublés.

Régulièrement donc, le tribunal du domicile me paraît compétent pour ordonner toutes les mesures d'administration, même celles qui sont relatives à des biens situés dans d'autres arrondissements. Il statue lui-même et directement, s'il est assez éclairé, sur la nécessité et sur la nature de ces mesures; dans le cas contraire, il renvoie, pour l'exécution, au tribunal de la situation (comp. Delvincourt, t. I, p. 44, note 6; Duranton, t. II, n° 404).

Telle est, dis-je, la règle générale; mais comme, après tout, aucun texte positif n'établit cette compétence d'une manière absolue, je pense que le tribunal de la situation pourrait être directement saisi, en cas d'urgence; la raison même réclame cette exception (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 532; Massé et Vergé, t. I, p. 136; de Moly, n° 159; Valette sur Proudhon, t. I, p. 258, note *a*).

Tel paraît être aussi le sentiment de Demante, qui, tout en reconnaissant, en principe, la compétence du tri-

bunal du domicile, comme le plus à même, en général, de statuer sur toutes les questions d'absence, sans excepter le mode de pourvoir à l'administration des biens, ne considère pas néanmoins cette compétence comme exclusive (*Encyclop. du droit*, vº *Absence*, nºˢ 37-40; et *Cours analyt.*, t. I, nº 141 *bis*, 144).

M. Duvergier, qui enseigne également cette doctrine, remarque, en outre, avec raison, que la discussion du conseil d'État, quelque grave qu'elle soit, ne saurait avoir l'autorité d'un texte (sur Toullier, t. I, p. 390, note *a*).

21. — L'article 859 du Code de procédure trace, en ce cas, la marche à suivre. La partie intéressée présente une requête, à laquelle sont joints les pièces et documents.

Quoiqu'on doive, en général, se tenir en garde contre les *actes de notoriété*, je ne vois pas ce qui s'oppose à ce qu'on en produise dans cette occasion, où il ne s'agit que de simples mesures conservatoires et d'administration (arg. de l'art. 155; Pigeau *Procéd. civ.*, t. II, p. 334-337; de Plasman, t. I, p. 16).

Il me semble aussi que les parties et le procureur impérial pourraient demander, suivant les cas, l'audition des personnes qui seraient en état de fournir des renseignements (*voy.* toutefois Pigeau à l'endroit précité, et de Plasman, t. I, p. 15).

3º *Quelles sont les parties intéressées?*

22.—Le tribunal ne peut pas statuer d'office; il faut au contraire, suivant la règle générale, qu'il soit saisi par une demande formée à la requête des *parties intéressées* (art. 112 Code Napol., 859 Code de procéd.).

Quelles sont ces parties?

Le texte ne le dit pas; et de là encore de nouvelles dissidences.

Je pense que ces mots comprennent ici tous ceux qui ont un intérêt pécuniaire, soit actuel et présent, soit futur et éventuel.

23. — L'intérêt pécuniaire, est, en effet, le seul qui puisse, en général, fonder une action en justice; un simple intérêt de bienveillance et d'affection ne saurait donc autoriser l'action de la part des voisins, des amis ou des parents; telle est l'opinion commune (comp. Proudhon, t. I, p. 257; Toullier, t. I, n° 394; Duranton, t. I, n° 402; Demante, *Encyclop. du droit*, n° 47; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 190); M. de Moly est le seul qui paraisse un peu s'en éloigner (n° 146).

Ce n'est donc pas, comme on le voit, dans l'intérêt du présumé absent lui-même, que les tiers ont le droit d'agir, mais bien dans leur propre intérêt et pour leur compte personnel. Ces mots *parties intéressées* ne me paraissent pas pouvoir être entendus d'une autre manière. Il arrivera sans doute habituellement que les mesures qui seront ordonnées sur la requête des tiers intéressés, profiteront également au présumé absent, quoique néanmoins il puisse arriver aussi que les intérêts du présumé absent et du tiers qui agit, soient contraires. Quoi qu'il en soit, il n'en est pas moins vrai que les tiers n'agissent pas, ne peuvent pas agir directement et principalement dans l'intérêt du présumé absent. Peut-être, aurait-on pu autoriser, dans ce cas, les amis du présumé absent à dénoncer au tribunal la nécessité de pourvoir à l'administration de ses biens, avec offre de s'en charger sous leur responsabilité personnelle. Les lois renferment quelques exemples de ce genre (art. 2139, 2194 Code Napol.; art. 29 et 38 de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés). Mais on a craint probablement d'exciter ainsi, et de provoquer, en quelque sorte, un empressement indiscret à se mêler des affaires des personnes éloignées de leur domicile. Toutefois, c'est là certainement un puis-

sant motif de plus pour accorder l'action au procureur impérial dans l'intérêt du présumé absent (*infra*, n° 29).

24. — Lorsque l'intérêt du requérant est présent et actuel, il n'y a pas de difficulté.

Ainsi, par exemple, il n'est pas douteux que le bailleur, dont le présumé absent occupe le bien comme locataire ou fermier, a qualité pour agir; de même du copropriétaire d'un bien indivis, d'un associé du présumé absent, de ses débiteurs qui voudraient se libérer, de ses créanciers, de tous ceux enfin qui, si le présumé absent était là, pourraient agir directement contre lui-même.

25. — J'ai nommé les créanciers.

Ceux dont la créance est à terme, s'ils ne peuvent pas encore exiger leur payement, ont du moins intérêt, dès à présent, à la conservation des biens (art. 2092) et sont dès lors fondés à demander, d'après l'article 112, des mesures d'administration (arg. de l'art. 1180; comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 136).

Mais faut-il y comprendre aussi les créanciers dont les titres sont exigibles, et surtout exécutoires?

Toullier paraît enseigner la négative (t. I, n° 389, note 1) : « parce qu'autrement il y aurait nécessité dans « tous les cas; le créancier peut obtenir un jugement « par défaut et le faire exécuter comme dans le cas d'un « débiteur présent. » Demante (*Encyclop. du droit*, n° 41) professe également que les créanciers, lorsqu'ils n'ont pas de titre exécutoire, doivent assigner le présumé absent à son dernier domicile (art. 68 Code de procéd.), obtenir contre lui condamnation, et employer ensuite les voies ordinaires d'exécution (art. 587 Code de procéd.), et qu'ils doivent recourir directement à ces voies, lorsque le titre est exécutoire.

Je crois, en effet, que telle est la marche à suivre de la part des créanciers qui veulent se faire payer ou ob-

tenir condamnation contre leur débiteur, même présumé absent. Déjà, bien avant le Code Napoléon, l'Ordonnance de 1667, tit. II, art. 8, avait abrogé l'usage qui s'était établi, de faire nommer un curateur à l'absent, lorsqu'il s'agissait de l'assigner en justice. L'article 112 n'est donc pas alors applicable, parce qu'en effet les créanciers, dans ce cas, ne demandent pas qu'il soit pourvu à l'administration des biens.

Mais d'ailleurs les créanciers munis de titres exigibles et même exécutoires, s'ils ne voulaient pas actuellement être payés et poursuivre, si, par ménagement pour le présumé absent, ou pour toute autre cause, ils voulaient éviter les frais, ces créanciers, dis-je, pourraient eux-mêmes, en vertu des articles 112 et 2092, provoquer des mesures d'administration. Telle est bien aussi la pensée de Toullier (t. I, n° 394) et de Demante, qui, en effet, ne refuse aux créanciers l'application de l'article 112 que lorsqu'ils veulent « obtenir le payement de leurs créances exigibles. »

26. — Enfin, j'ai ajouté qu'un intérêt futur et éventuel pouvait autoriser la demande, dans le cas de l'article 112.

Le principe, à cet égard, ne paraît pas contestable, quoique Delvincourt (t. I, p. 44) et Toullier (t. I, n° 394) semblent toujours exiger un intérêt né et actuel (de Plasman, t. I, p. 28-30). Un intérêt conditionnel suffit, en effet, pour autoriser une demande de mesures conservatoires (art. 1180); or, tel est précisément le caractère de celles dont il s'agit.

Mais on est très-divisé sur l'application de cette règle à notre hypothèse.

Beaucoup d'auteurs ne considèrent ici comme un intérêt éventuel pouvant autoriser la requête, que celui qui a son principe dans un acte, comme le droit du créancier conditionnel (art. 1180), de l'appelé à une substitution (art. 1053), du donataire de biens à venir

(art. 1083, 1089), etc. Ceux-là pourraient, au besoin, agir contre le présumé absent lui-même, s'il était sur les lieux; l'abandon où il laisse ses biens, ne peut pas, plus que tout autre fait de sa part, compromettre leurs droits éventuels. De ce système il résulte que les héritiers présomptifs ne sont pas recevables à agir. Et en effet, dit-on, ils n'ont absolument aucun droit, soit actuel, soit éventuel; leur espérance, toute précaire, ne saurait certes pas fonder une action en justice contre le présumé absent lui-même, s'il était là; et dès lors, il n'est pas possible de leur reconnaître le droit d'agir pendant la simple présomption d'absence, pendant cette période où la loi croit toujours à la vie et au retour plus ou moins prochain de la personne (*voy.* aussi Cass., 21 déc. 1841, Delage, Dev., 1842, I, 167). Les héritiers présomptifs ne peuvent donc qu'avertir officieusement le procureur impérial, qui verra s'il y a lieu qu'il agisse lui-même (comp. Merlin, *Rép.*, t. XVI, p. 9, v° *Absent;* Delvincourt, t. I, p. 44, note 7; Proudhon, t. I, p. 257; Toullier, t. I, n° 394; Duranton, t. I, n° 402).

Je conviens que ces motifs sont graves; mais pourtant je crois que les héritiers présomptifs doivent être considérés comme parties intéressées, d'après l'article 112.

Si le présumé absent ne reparaît pas, l'envoi en possession sera prononcé au profit de ceux qui étaient ses héritiers présomptifs au jour de ses dernières nouvelles (art. 120); et de là il résulte que, même pendant la présomption d'absence, ils ont bien plus que l'espérance ordinaire d'un simple héritier présomptif; ils ont, dès ce moment, un droit transmissible, un droit qui, l'absence une fois déclarée, rétroagit, à certains égards, jusqu'au jour des dernières nouvelles (*infra*, n° 78); or, cette situation est précisément celle qui autorise, en général, les mesures conservatoires (art. 1179, 1180); quant à l'arrêt de la Cour de cassation précité, qui a déclaré nul un

traité fait par les héritiers présomptifs du présumé absent, sur la succession de celui-ci, j'en examinerai plus tard la doctrine (*infra*, n° 131); je remarque seulement ici qu'autre chose est un traité sur la succession même, une cession, une vente; autre chose, le droit de provoquer de simples mesures conservatoires.

Tout se lie et s'enchaîne d'ailleurs dans cette organisation de l'absence; et de la même manière qu'il nous a paru logique d'attribuer, dans la première période, la compétence au tribunal qui sera compétent dans la seconde (*supra*, n° 20), il nous semble aussi rationnel que les mêmes parties, qui pourront obtenir plus tard soit l'envoi provisoire dans la seconde période, soit l'envoi définitif dans la troisième, puissent également provoquer, dans la première, les mesures de conservation qu'elle autorise; car l'incertitude sur l'existence a déjà commencé; et cette incertitude, aussitôt qu'elle prend naissance, éveille nécessairement les droits subordonnés au décès; seulement, elle leur accorde plus ou moins, suivant les différentes époques (art. 112, 115, 120).

Enfin, si on ne donnait l'action qu'aux créanciers, aux substitués, etc., qu'à ceux enfin qui pourraient agir contre le présumé absent lui-même, il est certain que les mesures d'administration ne seraient presque toujours déterminées que par l'intérêt des tiers; et s'il est vrai que ces mots *parties intéressées* supposent, jusqu'à un certain point, que c'est l'intérêt des tiers que la loi a en vue (*supra*, n° 23), il est évident aussi qu'elle se préoccupe, et même principalement, de l'intérêt du présumé absent; or, ceux qui, tout en agissant dans leur propre intérêt, agiront le plus souvent aussi dans le sien, ce sont ses parents, ses héritiers présomptifs; il est donc utile, sous ce nouveau rapport, de leur accorder l'action (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 532; Massé et Vergé, t. I, p. 136; Duvergier et Toullier, *loc. supra cit.* note *a*; Valette sur Proudhon, p. 257, note *a*, et p. 269; de

Moly, nos 140 et suiv.; de Plasman, t. I, p. 28-32; Demante, *Encyclop. du droit*, nos 42-46, et *Cours analyt.*, t. I, no 141 *bis*, I; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, no 190).

Duranton (t. I, no 402) nous semble faire lui-même une concession à cette théorie, lorsqu'il accorde l'action aux enfants et aux ascendants du présumé absent. Le savant auteur se fonde sur ce qu'ils se doivent réciproquement des aliments (art. 203 et suiv.). Il faut s'entendre! de deux choses l'une, en effet : ou le besoin d'aliments est déjà né; et dans ce cas, l'enfant ou l'ascendant a un intérêt présent et actuel pour agir; ou le besoin d'aliments n'existe pas; et alors je ne vois pas comment ils pourraient agir, si ce n'est seulement en qualité d'héritiers présomptifs; car le droit éventuel de réclamer des aliments, ne prenant pas son principe dans un acte, ne devrait pas, d'après Duranton lui-même, autoriser l'action; et je ne crois pas, en effet, qu'en règle générale, l'obligation purement légale de se fournir des aliments entre parents, puisse, tant que le besoin n'est pas né, autoriser des mesures conservatoires (*voy.* notre *Traité du mariage et de la séparation de corps*, t. II, no 68).

Il est vrai que Demante (*Encyclop.*, no 46) enseigne aussi « qu'indépendamment de l'intérêt éventuel de succession, le conjoint et les enfants ont une sorte de « participation actuelle aux intérêts de l'absent lui-même. »

Mais, en droit, cette considération n'est-elle pas un peu vague? Demante reconnaît lui-même que les parents ne peuvent pas agir en cette seule qualité; à tort ou à raison, la loi n'accorde pas aux tiers, même aux parents, le droit d'agir dans le seul intérêt du présumé absent et par pure affection pour lui (*supra*, no 23). Cela posé, il me semble que les enfants et les ascendants ne peuvent agir à ce titre et en cette seule qualité, que dans deux

cas : soit en vertu d'un intérêt actuel, parce qu'ils auraient dès ce moment le droit de demander des aliments, soit en vertu d'un intérêt éventuel; mais alors je ne crois pas que, légalement, ils puissent, en invoquer d'autre que celui d'héritiers présomptifs.

27. — Quant aux légataires, ne pourrait-on pas dire qu'ils ont, eux aussi, dès la première période, un droit transmissible, un droit qui, l'absence une fois déclarée, rétroagira comme celui des héritiers, jusqu'à l'époque des dernières nouvelles?

Ne faudrait-il pas dès lors leur reconnaître aussi la qualité de parties intéressées? et si nous la leur refusons, l'opinion, qui ne veut pas l'accorder aux héritiers présomptifs, n'en pourra-t-elle pas prendre avantage et nous accuser de contradiction?

Néanmoins, je ne penserais pas qu'il en fût ainsi : aux termes de l'article 123, il n'y a lieu à l'ouverture du testament qu'après la déclaration d'absence; jusque-là donc, les légataires ne sont pas connus; ils ne peuvent pas légalement l'être ; et on conçoit qu'il pourrait y avoir, en effet, beaucoup d'inconvénients à révéler les dernières volontés de la personne qui n'est encore que présumée absente. Cette crainte, au contraire, n'existe pas à l'égard des héritiers ab intestat, qui sont désignés par la loi. Aussi, voyons-nous que les légataires ne peuvent obtenir l'envoi en possession des choses léguées que lorsque les héritiers légitimes ont eux-mêmes obtenu l'envoi en possession de tous les biens ; or, cet envoi ne peut être prononcé au profit des héritiers qu'après la déclaration d'absence (art. 120, 123).

Faudrait-il faire une exception, si le légataire était saisi du testament, si l'institution était universelle, si les biens ayant besoin d'être administrés, les héritiers légitimes ni aucun autre n'agissaient, si enfin les dernières nouvelles étaient anciennes, et la première période déjà très-avancée?

Je ne serais pas surpris que ces différentes circonstances fissent admettre la requête même du légataire; mais je m'en tiendrais toujours, en principe, à la résolution que j'ai proposée (comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 136).

28. — En ce qui concerne la question de savoir si le conjoint du présumé absent est partie intéressée, dans le cas de l'article 112, nous l'examinerons plus bas (n° 271).

29. — Aux termes de l'article 114 :

« Le ministère public est spécialement chargé de veil« ler aux intérêts des personnes présumées absentes; et « il sera entendu sur toutes les demandes qui les con« cernent. »

Les incapables sont en général placés sous la protection du procureur impérial (art. 83-1°, 2°, 6° Code de procéd.); or, l'absence, même dans sa première période, affecte, jusqu'à un certain point, l'état et la capacité de la personne; donc, on doit appeler sur elle la protection du ministère public (art. 83-7°).

On n'est pas toutefois d'accord sur le caractère et sur l'étendue de cette protection; il n'est pas douteux que le procureur impérial doit être entendu, c'est-à-dire donner ses conclusions dans les affaires qui concernent les présumés absents.

Mais est-il lui-même partie intéressée, dans le sens de l'article 112, et peut-il provoquer directement des mesures conservatoires?

Non, suivant M. de Moly (p. 57-69) : d'abord, parce que le ministère public ne peut agir d'office, en matière civile, que dans les cas spécifiés par la loi (lois des 16-24 août 1790, tit. VIII, art. 2, et du 20 avril 1810, art. 46); or, l'article 114 du Code Napoléon, expliqué par l'article 83-7° du Code de procédure, exige seulement la communication au procureur impérial des affaires qui concernent les présumés absents; ensuite, parce que les

présumés absents ne sont pas sans doute plus favorables que les mineurs et les interdits, dans l'intérêt desquels pourtant le procureur impérial n'a pas le droit d'agir d'office (*voy.* en effet Merlin, *Rép.*, v° *Mineur*, § 5, t. VIII, p. 215).

L'opinion contraire, généralement suivie, est, en effet, à notre avis, bien préférable.

L'article 114 est précisément le texte, qui accorde au procureur impérial le droit d'agir d'office. Remarquons que cet article se compose de deux parties distinctes ; et quand la loi déclare que « le ministère public est spécia-« lement chargé de veiller aux intérêts des personnes « présumées absentes..., » il est impossible qu'elle ne lui confère pas en même temps, et par cela même, le moyen indispensable à l'exercice de cette surveillance ; or, ce moyen, c'est le droit d'agir d'office, droit nécessaire dans cette circonstance ; car il peut arriver que personne ne soit là sur les lieux, qui puisse défendre les intérêts du présumé absent, lequel n'aura dès lors d'autre protecteur que le ministère public ; cet argument est surtout très-fort dans l'opinion de ceux qui refusent l'action aux héritiers présomptifs ; mais, quoique je n'aie pas adopté cette opinion, il me paraît à moi-même très-puissant. Les mineurs, au contraire, et les interdits ont leur tuteur ; le juge de paix, dans certains cas, a aussi le droit d'agir d'office dans leur intérêt (art. 405, 446).

En vain, on opposerait encore les articles 121 et 123 du décret du 18 juin 1811, contenant un tarif de frais sur les poursuites du ministère public, et dans lesquels il n'est pas fait mention de notre hypothèse ; car ces articles annoncent eux-mêmes qu'ils se bornent à indiquer seulement les cas principaux dans lesquels le ministère public peut agir d'office (Cass., 8 avril 1812, Ducasse, D., *Rec. alph.*, v° *Absent*, t. I, p. 3 ; Cass., 23 août 1837, proc. gén. d'Amiens, Dev., 1837, I, 809 ; tribunal civil de la Seine, 15 juin 1864, Maloisel, *Gazette des Tribunaux*

du 30 juin 1864; Merlin, *Rép.*, v° *Testament*, sect. v, t. XIII, p. 813; et t. XVI, p. 8, v° *Absent*; Proudhon, t. I, p. 338-343; Toullier, t. I, n° 395; Delvincourt, t. I, p. 44, note 5; Ortolan et Ledeau, *Du ministère public en France*, t. I, ch. III, § 1, p. 135-136; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 192).

30. — Mais les auteurs, que nous venons de citer, semblent aller jusqu'à dire que le procureur impérial pourrait intenter lui-même et directement contre les tiers les actions qui appartiennent au présumé absent. Zachariæ lui accorde même expressément ce droit (t. I, p. 291-292); et telle avait été d'abord aussi l'opinion très-explicite de Duranton, qui toutefois s'en est départi dans sa dernière édition (1844, t. I, n° 398).

Il me semble, en effet, que ce serait là une autre espèce d'exagération, et que, s'il ne faut pas trop restreindre la mission du ministère public, il importe aussi de ne pas l'étendre au delà de ses justes limites.

D'abord, le procureur impérial ne peut pas seul être juge du point de savoir s'il y a ou s'il n'y a pas présomption d'absence, s'il y a ou s'il n'y a pas nécessité d'agir; c'est, dans tous les cas, au tribunal qu'il appartient de prononcer à cet égard (art. 112). Et puis, ne serait-ce pas méconnaître tous les principes qui régissent l'institution du ministère public, que de le mettre ainsi en rapport direct et personnel avec les tiers, de lui donner le mandat de traiter, de vendre, de recevoir, de plaider avec eux d'égal à égal? Lorsqu'il agit comme partie principale, ce n'est pas dans un intérêt privé, mais bien dans l'intérêt de l'ordre public, comme dans le cas, par exemple, où il demande la nullité d'un mariage (art. 190). Autre chose est donc la surveillance que lui attribue l'article 114 et le droit qui en résulte de demander d'office au tribunal la nomination d'un curateur, qui sera chargé d'agir au nom du présumé absent; autre chose, ce rôle direct et personnel de partie, de plai-

deur, qu'on voudrait donner au procureur impérial, et qui compromettrait la dignité de ses fonctions et l'efficacité même de sa protection, en lui enlevant ce caractère d'autorité et d'impartialité, qu'il doit toujours conserver (comp. Metz, 15 mars 1823, minist. publ., Sirey, 1823, II, 307; Demante, *Encyclop.*, n° 50, et *Cours analyt.*, t. I, n° 143 *bis*, I; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 532; Massé et Vergé, t. I, p. 137; Duvergier sur Toullier, t. I, n° 395, note *a*; de Plasman, t. I, p. 84-85).

4° Quelles sont les mesures à prendre?

31. — Voilà donc le tribunal compétent saisi, à la requête des parties intéressées; il reconnaît la présomption d'absence.

Que va-t-il ordonner?

La loi ne trace, à cet égard, aucune règle générale et uniforme. Tout dépend des circonstances, de la profession du présumé absent, de la nature et de la situation de ses biens, de l'état enfin de sa fortune et de ses affaires.

L'article 112 indique suffisamment d'ailleurs le caractère des mesures auxquelles peut donner lieu cette première période: « *S'il y a nécessité* de pourvoir à « *l'administration* de *tout ou partie* des biens.... *il y sera* « *statué....* »

S'il y a nécessité.... c'est la première condition, sans laquelle, en effet, aucun motif ne justifierait la violation du secret des affaires d'une personne, qui peut encore revenir d'un jour à l'autre.

32. — Cette nécessité n'existerait pas, si le présumé absent avait laissé un mandataire avec des pouvoirs suffisants (art. 112).

Que si la procuration ne s'étendait pas à l'intérêt auquel il faudrait pourvoir, il serait, en général, et sauf les cas particuliers, naturelq ue le tribunal désignât ce même

mandataire, déjà investi de la confiance du présumé absent, pour gérer les affaires que la procuration ne comprendrait pas.

33. — Il y aurait lieu de même à l'application de l'article 112, si la procuration venait à cesser par un motif quelconque (art. 122); ou si les parties intéressées dénonçaient au tribunal l'infidélité ou la déconfiture du mandataire (art. 2003 ; Zachariæ, t. I, p. 291); ou encore si le mandataire se trouvait, dans un certain cas, avoir des intérêts contraires à ceux du présumé absent (comp. Metz, 15 mars 1823, minist. publ., Sirey, 1823, II, 307).

34. —.... *De tout ou partie des biens*, dit l'article 112.

Ainsi, on ne doit agir que dans les limites mêmes de la nécessité, ne prendre, autant que possible, que des mesures d'administration, des mesures partielles et provisoires, qui ne changent pas l'état des biens du présumé absent, qui ne lui imposent pas de nouvelles charges, de nouvelles obligations envers les tiers. On va, si je puis dire ainsi, au plus pressé. Il ne s'agit pas de changer, d'innover, d'améliorer même, mais de conserver seulement et d'attendre !

Le maintien du *statu quo*, voilà le caractère de cette première période.

Les terres sont sans culture; les baux sont expirés ? on passera, on renouvellera les baux. Le présumé absent a formé une société, et le contrat ne donne pas à son associé le pouvoir d'agir seul (art. 1857, 1858) ? on l'y autorisera. Une réparation est nécessaire à des bâtiments ? elle sera faite. Des denrées peuvent se perdre? on les vendra. Une prescription va s'accomplir, une inscription se périmer (art. 2154) ? un débiteur devient insolvable? on interrompra la prescription; on renouvellera l'inscription hypothécaire; on poursuivra le débiteur, etc., etc.... (comp. *Discussion et exposé des motifs*, Locré, législat. civ., t. IV, p. 57 et suiv.; Duranton, t. I, n° 192; Za-

charisse, Massé et Vergé, t. I, p. 137; Aubry et Rau, t. I, p. 533).

35. — Il peut être nécessaire, pour tout cela, de pénétrer dans les papiers du présumé absent; et il faut bien, dès lors, que le tribunal en ait le droit.

Mais, en cette occasion surtout, on ne saurait montrer trop de prudence et de réserve; aussi, pensons-nous que c'est par un de ses membres, nommé à cet effet, que le tribunal devrait faire procéder à cette perquisition et à cet examen (comp. Cour de cassation de Bruxelles, 25 août 1813, J. du P. à sa date; Toullier et Duvergier, t. I, n° 391; Duranton, t. I, n° 399).

36. — On a demandé si le tribunal pourrait nommer un curateur, soit pour administrer les biens du présumé absent, soit pour intenter un procès en son nom, ou défendre à une demande formée contre lui.

On invoque, pour la négative, l'Ordonnance de 1667, tit. II, art. 8, qui avait abrogé l'usage de nommer des curateurs aux absents pour les représenter en justice, parce qu'on avait reconnu que leurs intérêts étaient trop souvent compromis par la négligence, si ce n'était même par l'infidélité de ces sortes d'agents. On ajoute que la nomination d'un curateur, pour administrer la fortune, semble constituer une mesure générale et permanente, peu conforme au caractère de cette première période.

Mais il n'est pas douteux, malgré ces objections, que le tribunal peut confier à un curateur soit l'administration générale de la fortune, soit le mandat de plaider comme demandeur ou comme défendeur, au nom du présumé absent. La nécessité même des choses l'exige ainsi; ce n'est pas le tribunal, apparemment, ni le procureur impérial non plus (*supra*, n° 30), qui peut lui-même administrer ou plaider. Supposez que le présumé absent a un comptoir, une fabrique, une entreprise quelconque; n'est-il pas indispensable d'y préposer quelqu'un? Ne dites pas curateur, si vous voulez; dites gérant, manda-

taire, administrateur, peu importe le nom! Le tribunal doit veiller à le bien choisir sans doute, fidèle et solvable autant que possible; il importe aussi de déterminer, de limiter ses pouvoirs; la surveillance du procureur impérial est en outre une rassurante garantie.

Cette nomination, d'ailleurs, n'a pas nécessairement le caractère d'une mesure générale; et s'il est vrai qu'il faut, autant que possible, ne prendre que des mesures temporaires et partielles, on ne peut pourtant pas non plus forcer le tribunal à s'occuper chaque jour de cette situation; et c'est là même ce qui fait dire à MM. Massé et Vergé, qu'ils inclineraient à penser que, dans la plupart des cas, il y a lieu de nommer un curateur ou administrateur à l'absent présumé, sauf à étendre ou à limiter les pouvoirs de cet administrateur, selon les circonstances (sur Zachariæ, t. I, p. 137); mais la vérité est qu'on ne saurait, à cet égard, poser de règle absolue, et que c'est aux magistrats qu'il appartient de statuer, suivant le caractère des faits (comp. Cass., 27 août 1828, Sirey, 1829, I, 26; Cass., 18 mars 1829, Sirey, 1829, I, 210; Proudhon, t. I, p. 261; Duranton, t. I, n° 400; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 533; Demante, *Encyclop.*, n° 51; séance du conseil d'État du 12 ventôse an XI).

37. — M. Bellot (*Traité de l'Arbitrage*, t. I, n° 68) a écrit que le curateur nommé par le tribunal, en vertu de l'article 112, est tenu, comme le tuteur, d'accepter le mandat qui lui est ainsi déféré au nom de la loi et dans l'intérêt d'un incapable (arg. de l'article 427 et suiv.). Mais aucun texte ne justifie cette obligation, qui ne serait pas d'ailleurs ici fondée sur une nécessité sociale; car les pouvoirs de ces curateurs étant salariés, il n'est pas à craindre qu'on en manque. L'opinion de M. Bellot ne serait donc vraie que dans le cas de l'article 113, à l'égard du notaire, qui est alors désigné à raison même de son caractère public et de ses fonctions (loi des 29 sept., 6 oct. 1791, tit. II, sect. II, art. 6).

38. — Le curateur, l'agent, le préposé, quelque nom qu'on lui donne, une fois nommé par le tribunal, est le mandataire du présumé absent; et par conséquent, il le représente valablement dans toutes les affaires auxquelles son mandat s'applique (art. 1998; *voy.* aussi art. 134).

A cet égard, il est désirable que le tribunal précise le plus possible les pouvoirs qu'il confère, afin de prévenir la résistance de la part des tiers.

En général, et dans le doute, ces pouvoirs ne s'appliquent qu'à l'administration (art. 112, 1988; *infra*, n° 43; comp. Jozon, *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1872, p. 333).

39. — Du principe que le curateur représente le présumé absent, résultent les conséquences suivantes :

1° Les tiers ne seraient pas, en général, admis à quereller sa nomination et à soutenir qu'il n'y avait pas lieu de lui donner les pouvoirs qui lui auraient été conférés (Cass., 6 nov. 1828, Verrier, D., 1828, I, 435), à moins toutefois qu'il n'eût pas été nommé, comme il doit l'être, par le tribunal; car nous croyons que les tiers seraient fondés à contester la nomination d'un curateur nommé par le conseil de famille (comp. de Plasman, t. I, p. 40; *voy.* toutefois Cass., 1828, Godeau, D., 1828, I, 405).

2° On en a conclu aussi que les débiteurs ne pourraient pas se refuser à payer entre les mains du curateur, en alléguant son insolvabilité, même survenue depuis sa nomination (Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Absent*, p. 2, n° 2; Duranton, t. I, n° 400; de Plasman, t. I, p. 38; comp. Limoges, 27 décembre 1847, d'Hugonneau, Dev., 1848, II, 528; et *infra*, n° 92).

La conséquence est logique, puisque les débiteurs seront valablement libérés en payant à ce représentant légal du créancier (art. 1239, 1240), et qu'il serait d'ailleurs à craindre qu'ils ne cherchassent ainsi à gagner du temps. Toutefois, si le débiteur dénonçait l'insolvabilité du curateur (comp. art. 2003, 2008), le procureur

de la République, ainsi averti, pourrait, suivant les cas, requérir soit la nomination d'une autre personne, soit le dépôt des fonds à la Caisse des consignations (comp. Bruxelles, 3 juin 1819, Fret, D., *Rec. alph.*, v° *Absent*, p. 6).

3° Les jugements rendus contre le curateur sont réputés contradictoires et ne peuvent pas être frappés de tierce opposition par le présumé absent, ni par ses ayants cause. Cette voie, en effet, n'est ouverte qu'à ceux qui n'ont pas été représentés (art. 474 Code de procéd.); or, le présumé absent a été représenté par le curateur (arg. des articles 134, 790, etc.); donc, la tierce opposition ne doit pas lui être accordée. Autrement, il y aurait trop d'inégalité et d'injustice; et les tiers seraient en droit de refuser le combat judiciaire avec ce prétendu représentant, qui pourrait les vaincre sans pouvoir être vaincu. Le mandat est donc donné pour entreprendre et non pas seulement pour réussir! pour plaider et non pas seulement pour gagner! pour plaider, enfin, avec toutes les chances, bonnes ou mauvaises, de la lutte! Ajoutez la garantie qui résulte de la surveillance et des conclusions du procureur impérial (art. 114 Code Napoléon, 83-7° Code de procéd.), et remarquez enfin que le présumé absent aurait, bien entendu, le droit de former tierce opposition, en cas de fraude pratiquée entre le curateur et son adversaire; car le curateur, par cette trahison de complicité avec l'autre partie, aurait cessé de représenter, envers elle, le présumé absent (comp. Cass., 25 août 1813, Pinot, Sirey, 1815, I, 131; Delvincourt, t. I, p. 44, note 9; Duranton, t. I, n° 400; Demante, *Encyclop.*, n° 51; Zachariæ, t. I, p. 292; Plasman, t. I, p. 42; *voy.* aussi *infra*, n° 116).

Nous ne partageons pas d'ailleurs l'opinion de M. Talandier (p. 66), qui professe que le présumé absent peut attaquer, par la voie de la requête civile, les décisions rendues contre le curateur, et soutenir qu'il n'a pas été valablement défendu (art. 481 Code de procéd.) : la re-

quête civile est une voie extraordinaire, qui ne peut être ouverte qu'à ceux auxquels la loi elle-même l'a positivement accordée : or, aucun texte n'y admet les présumés absents; et M. Talandier lui-même avoue que, dans son opinion, *il faut ajouter l'absent* aux personnes désignées dans l'article 481 du Code de procédure. Mais c'est précisément cette addition qui ne me paraît pas possible (comp. Plasman, t. I, p. 43).

40. — La loi, disons-nous, s'en remet aux magistrats du soin de choisir la mesure qui leur paraîtra la meilleure et la plus opportune, suivant les circonstances si variables et si diverses de la situation de chacun; elle n'en ordonne aucune, elle n'en défend aucune.

Telle est la règle générale, si ce n'est toutefois dans l'hypothèse de l'article 113 :

Un présumé absent est intéressé dans un inventaire, dans leso pérations d'un compte, d'une liquidation, d'un partage, quelle qu'en soit d'ailleurs la cause, société, communauté, succession, peu importe. (Seulement n'oublions pas que nous ne nous occupons, dans cette première section, que des droits déjà ouverts au profit du présumé absent, lors de ses dernières nouvelles ; nous verrons, dans la seconde section, s'il y aurait lieu d'appliquer l'article 113 au cas d'une succession ouverte seulement depuis cette époque; art. 135, 136; comp. Paris, 24 mars 1863, Moine, *Journ. des notaires et des avocats*, 1863, t. XCIV, p. 737.)

Eh bien! donc, dans ce cas, le meilleur choix à faire étant toujours celui d'un notaire, dont le ministère est même ici spécial, la loi a pu tracer d'avance une marche uniforme.

Tel est le but de l'article 113, qui ne permet effectivement de nommer alors qu'un notaire; et cela, lors même que le tribunal aurait déjà préposé un curateur à l'administration de tous les biens.

En sorte qu'il peut y avoir en même temps deux per-

sonnes chargées des intérêts du présumé absent, le curateur et le notaire.

41. — Mais il faut aussi, bien entendu, qu'il y ait nécessité; l'article 113 n'est qu'une application, réglée d'avance, de l'article 112; si donc le présumé absent lui-même avait laissé un procureur fondé pour le représenter dans les inventaires, comptes, partages et liquidations, il n'y aurait pas lieu à la nomination d'un notaire par le tribunal (comp. Bruxelles, 13 mai 1817, Depastz, D., *Rec. alph.*, vº *Absent*, p. 6; Metz, 15 mars 1823, Sirey, 1823, II, 307; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 53).

42. — Le notaire nommé, dans le cas de l'article 113, par le tribunal tout entier, ne doit pas d'ailleurs être confondu avec celui qui est nommé seulement par le président du tribunal, dans les cas prévus par les articles 928 et 931 du Code de procédure; celui-ci n'a pour mission que de représenter les intéressés à la levée des scellés et à l'inventaire, tandis que le notaire nommé pour le présumé absent doit défendre ses intérêts dans les opérations ultérieures, et bien plus importantes, des comptes, partages et liquidations.

Aussi devrait-on nommer autant de notaires qu'il y aurait de présumés absents ayant des intérêts différents.

43. — On a élevé plusieurs questions sur l'étendue des pouvoirs du notaire nommé dans le cas de l'article 113.

Pourrait-il lui-même provoquer le partage? soutenir un procès qui s'élèverait pendant les opérations? transiger ou compromettre?

La règle, à cet égard, me paraît être qu'il faut, avant tout, consulter le jugement qui a nommé le notaire, et qui constitue son mandat.

En droit, mon avis est que le tribunal peut autoriser le notaire à provoquer le partage, à plaider, et même aussi, je crois, à transiger, en prenant, à cet égard, tou-

tes les précautions qu'il jugera nécessaires (arg. de l'article 467). C'est là une application raisonnable de l'article 112. Ne peut-il pas être nécessaire, en effet, dans l'intérêt du présumé absent, de provoquer le partage à raison de la nature des biens, de l'insolvabilité des copropriétaires, etc.? de plaider contre une prétention injuste? ou même de transiger sur une contestation douteuse? (*Infra*, nos 115 et 239.) Je le répète donc, en droit, le tribunal peut conférer ses pouvoirs au notaire.

En fait, les lui a-t-il conférés? voilà toute la question; et c'est le jugement seul qui peut la résoudre; mais je crois qu'il doit être, à cet égard, explicite.

Si donc le jugement ne s'expliquait pas, si le notaire était nommé seulement dans les termes de l'article 113, je pense :

1° Qu'il ne pourrait que défendre à la demande en partage et non la provoquer lui-même. Ces mots de l'article 113 : *pour le représenter...*, supposent eux-mêmes que le partage est, en effet, provoqué par d'autres (arg. de l'article 465; Bruxelles, 8 avril 1813, Mayensons, Sirey, 1814, II, 16);

2° Qu'il ne pourrait représenter le présumé absent que dans *les opérations amiables*.... Tels étaient les termes mêmes de la loi des 29 septembre-6 octobre 1791, sect. II tit. I, art. 7; et tout annonce que l'article 113 a été conçu dans le même esprit, puisqu'il ne mentionne, en effet, que les *inventaires, comptes, partages et liquidations* (Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Absent*, p. 4, n° 4; Duranton, t. I, n° 395; Demante, *Encyclop.*, n° 58, et *Cours analyt.*, t. I, n° 142 *bis*, IV; Duvergier sur Toullier, t. I, n° 392, note *a*).

Le partage, d'ailleurs, pour être définitif, doit être fait conformément aux articles 838-840 (Proudhon, t. I, p. 261).

Mais je ne crois pas que le tribunal pût autoriser le notaire à passer un compromis, parce que les causes qui

intéressent les présumés absents, étant sujettes à communication au ministère public, ne peuvent pas dès lors être l'objet d'un compromis. (Comp. art. 83-7° et 1004 Code de procéd.; et notre *Traité des Successions*, t. III, n° 564; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 138; Aubry et Rau, t. I, p. 533, 534; *voy.* pourtant Rouen, 5 octobre 1808, Letellier, D., 1808, I, 554.)

44. — De ce que je viens de dire, il résulte suffisamment que le notaire chargé par le tribunal de représenter le présumé absent ne pourrait pas instrumenter lui-même dans les opérations où il figure comme mandataire de l'une des parties.

L'article 7 précité de la loi des 29 septembre-6 octobre 1791 lui en faisait même la défense expresse (Proudhon, t. I, p. 260; Duranton, t. I, n° 395; de Plasman, t. I, p. 57).

45. — Tout ce que le notaire pourrait faire au delà de ses pouvoirs n'obligerait le présumé absent que suivant les règles générales du mandat et de la gestion d'affaires (art. 1997, 1998, 1372-1375; Limoges, 29 mars 1833, Brunetaud, D., 1833, II, 79).

45 *bis*. — On a décidé, avec raison, suivant nous, que la mission conférée par le tribunal au notaire, dans les termes de l'article 113, ne lui donnait pas nécessairement le droit d'encaisser, pour le présumé absent, les sommes qui peuvent lui être dues; qu'il pouvait avoir sans doute le droit et même le devoir de demander au tribunal l'indication d'un placement qui rendît ces sommes productives, mais que, s'il les gardait lui-même en les laissant improductives dans ses mains, il engageait sa responsabilité et pouvait être condamné à des dommages-intérêts envers qui de droit (comp. Cass., 16 février 1853, Dasnier, 1853, I, 253).

46. — Les frais que nécessitent les mesures auxquelles cette période peut donner lieu sont supportés par le présumé absent.

On peut dire qu'elles sont dans son intérêt, un peu plus ou un peu moins seulement, suivant les circonstances et la qualité des parties qui agissent; mais en tout cas, c'est son fait qui toujours les occasionne (arg. de l'article 126; *infra*, n° 99).

Cela est surtout incontestable en ce qui concerne le procureur impérial, qui ne saurait être condamné aux frais, et qui n'a jamais d'autre mobile que l'intérêt du présumé absent.

Il n'en serait différemment à l'égard des autres parties intéressées qu'autant que le tribunal jugerait leur demande mal fondée, et croirait devoir mettre les frais à leur charge.

47. — La période de la présomption d'absence finit :

1° Par la preuve acquise du décès du présumé absent : c'est alors la succession qui s'ouvre;

2° Par la preuve acquise de son existence;

Dans ces deux hypothèses, les mesures ordonnées par le tribunal peuvent, suivant les cas, être provisoirement maintenues, jusqu'à ce que les héritiers ou le présumé absent lui-même ait pu reprendre l'administration des biens (arg. des articles 131, 1373 et 1991);

3° Par le jugement de déclaration d'absence qui ouvre la seconde période.

N° 2. — *Seconde période. — Déclaration d'absence et envoi en possession des biens qui appartenaient à l'absent au jour de ses dernières nouvelles.*

§ I.

De la déclaration d'absence.

SOMMAIRE.

48. — Nécessité de la déclaration d'absence.

49. — A quelle époque la déclaration d'absence peut-elle être demandée? — 2° Devant quel tribunal? — 3° Par quelles personnes? 4° Suivant quelles formes?

1° A quelle époque la déclaration d'absence peut-elle être demandée?

50. — Il faut distinguer si la personne qui a disparu, a laissé ou n'a pas laissé de procuration. — La demande peut être formée, dans le premier cas, après quatre ans, et dans le second cas, après dix ans, à partir des dernières nouvelles.

50 *bis*. — Suite.

51. — *Quid*, si c'est un mineur qui a disparu?

52. — Il appartient d'ailleurs au tribunal d'apprécier les motifs de l'absence et les causes qui ont pu empêcher de recevoir des nouvelles du présumé absent.

53. — Il y a lieu à la déclaration d'absence, quel que soit le motif, même connu, de la disparition sans nouvelles? — *Quid*, pourtant, s'il s'agit d'un individu condamné par contumace à une peine emportant mort civile? — Renvoi.

54. — Faut-il que la procuration laissée par le présumé absent soit générale?

55. — *Quid*, si la procuration a été donnée pour moins de dix ans?

56. — *Quid*, au contraire, si elle a été donnée pour plus de dix ans?

57. — Quel est le point de départ des quatre ans ou dix ans après lesquels la déclaration d'absence peut être demandée?

2° Quel est le tribunal compétent?

58. — C'est le tribunal du domicile ou de la dernière résidence du présumé absent. — Renvoi.

3° Par quelles personnes la déclaration d'absence peut-elle être demandée?

59. — Quelles sont les *parties intéressées* dans le cas de l'article 115? — *Quid*, des créanciers? — Ne doit-on pas considérer comme telle toute personne qui, après l'absence déclarée, pourrait obtenir l'exercice provisoire d'un droit subordonné au décès de l'absent?

60. — Les légataires n'ont-ils pas dès lors, même avant la déclaration d'absence, le droit de s'adresser au procureur impérial pour que le testament soit ouvert?

61. — Les créanciers de ceux qui ont qualité pour demander la déclaration d'absence peuvent-ils exercer ce droit au nom de leur débiteur? — Renvoi.

62. — Le procureur impérial peut-il provoquer la déclaration d'absence?

4° Quelles sont les formes à suivre pour la déclaration d'absence?

63. — La demande se forme par une requête présentée au président du tribunal avec les pièces et documents. — Une enquête est nécessaire, dans tous les cas, pour constater l'absence.

64. — Cette enquête doit être faite contradictoirement avec le procureur impérial, qui représente le présumé absent. — Conséquences.

48. — Cette situation expectante, qui forme la première période, ne saurait être durable. Chaque année qui s'écoule augmente l'incertitude sur le sort de la personne qui a disparu; et la présomption de mort acquiert de jour en jour plus de force et de vraisemblance. Il faut donc prendre une mesure décisive, une mesure générale et permanente, non plus seulement alors dans l'intérêt de l'absent lui-même et pour l'administration de ses biens, mais aussi et même principalement dans l'intérêt de ceux qui ont des droits subordonnés à la condition de son décès.

En conséquence, on va, une fois pour toutes, le déclarer *absent*, et organiser une situation toute nouvelle.

Mais par cela même que ce nouveau régime doit affecter, d'une manière plus grave, tout le patrimoine de l'absent, et peut avoir pour lui des résultats irréparables, comme, par exemple, la perte d'une grande partie de ses revenus (*infra*, nos 120-127), il importe de ne l'établir qu'après avoir pris toutes les précautions possibles pour s'assurer que personne n'a eu de ses nouvelles, et pour le provoquer même à en donner, s'il existe encore quelque part. Tel est le but de la procédure en déclaration d'absence, qui constitue, en effet, une condition préalable, à l'accomplissement de laquelle sont subordonnés les effets de l'absence proprement dite (comp. art. 115 et 120, et *infra*, n° 79; Colmar, 16 thermidor an XII, Odile Brobecker; Cass., 1er prairial an XIII, Perron, D., *Rec. alph.*,

v° *Absent*, p. 7; Limoges, 15 fév. 1836, Dubois, Dev., 1836, II, 306).

49. — 1° A quelle époque la déclaration d'absence peut-elle être demandée?

2° Devant quel tribunal?

3° Par quelles personnes?

4° Suivant quelles formes?

Telles sont les questions à examiner sur ce point.

1° A quelle époque la déclaration d'absence peut-elle être demandée?

50. — Il faut distinguer.

La personne qui a disparu n'a-t-elle pas laissé de procuration?

La déclaration d'absence peut être poursuivie après quatre ans, à dater de ses dernières nouvelles (art. 115).

A-t-elle laissé une procuration?

Après dix ans seulement, à dater de la même époque (art. 121).

On voulait d'abord, dans le conseil d'Etat, que le fait d'une procuration laissée par le présumé absent fût sans influence sur l'époque à laquelle la déclaration d'absence pourrait être poursuivie. Dans ce système, la procuration aurait seulement retardé les effets du jugement de déclaration d'absence, c'est-à-dire l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent. Cette idée n'a pas prévalu; mais il en est resté des traces dans notre titre. Il est même évident que les articles 110 et 120 sont rédigés d'après ce système : l'un fixe, en effet, sans aucune distinction, à quatre ans le délai après lequel la déclaration d'absence pourra être poursuivie; l'autre suppose expressément que le jugement de déclaration d'absence peut être rendu, malgré la procuration, à laquelle il n'accorde d'autre effet que celui de retarder l'envoi en possession provisoire. Enfin, c'est là ce qui explique aussi pourquoi les articles

121 et 122, qui ont fini par consacrer l autre système, se trouvent dans le chapitre III, *Des effets de l'absence;* ils auraient certainement dû être placés dans le chapitre II et à la suite de l'article 115, puisqu'ils ont absolument le même objet et le même but que cet article, savoir : de déterminer à quelle époque il y aura lieu de déclarer l'absence, c'est-à-dire de créer d'abord la cause, dont le chapitre II détermine en suite les effets.

Quoi qu'il en soit, il est certain, finalement, que si la personne qui a disparu a laissé une procuration, on ne peut pas demander même la déclaration d'absence, avant l'expiration d'un délai de dix ans, à partir de ses dernières nouvelles.

50 *bis*. — MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing enseignent toutefois que ce délai n'est que de *neuf* ans, et non pas de *dix*.

« En comparant, disent nos savants collègues, les articles 115 et 119, on reconnaît que, dans les cas ordinaires, la demande en déclaration d'absence peut être formée dans un délai de quatre ans; tandis que, s'il existe une procuration, cette même déclaration ne peut être *poursuivie* qu'après dix années. On en conclut généralement que les dix ans de l'article 121 remplacent, dans ce cas, les quatre ans de l'article 115, indépendamment de l'année exigée par l'article 119; en sorte que le délai total serait de cinq ans, dans un cas, et de onze ans, dans l'autre; ce qui serait assez bizarre. Mais la discussion au conseil d'État démontre qu'on a voulu simplement doubler, pour l'absent qui laisse une procuration, le délai ordinaire de cinq ans. Il faut donc s'attacher à l'esprit de la loi et autoriser la déclaration d'absence, à l'expiration du délai fixé par l'article 121; or, comme cette déclaration suppose une demande formée un an à l'avance (art. 119), c'est, en réalité, au bout de neuf ans, que les parties peuvent se pourvoir. » (T. I, n° 199.)

Cette observation est certainement fort judicieuse; et pourtant il nous paraîtrait toujours plus sûr de s'en tenir au texte, d'ailleurs très-formel, de l'article 121 ; car on a pu dire que les honorables auteurs, en changeant eux-mêmes ainsi le texte, commettaient véritablement *une petite usurpation du pouvoir législatif.* (*Revue de droit français et étranger*, t. V, p. 450, article de M. Gaslonde.)

51. — Il me semble résulter de là que si c'est un mineur qui a disparu, la déclaration d'absence ne peut être demandée qu'après dix ans, à compter de ses dernières nouvelles; car son tuteur est un fondé de pouvoir; et encore qu'il ne soit pas choisi ni, pour me servir des expressions du texte (art. 120, 121), *laissé* précisément par le mineur lui-même, je crois qu'il y a lieu d'attendre pendant dix ans, parce que le mineur sait, parce qu'il doit être légalement réputé savoir que son tuteur est là sur les lieux, administrant pour lui sa fortune.

Des auteurs ont même pensé que la déclaration d'absence ne pourrait être prononcée qu'après l'époque de sa majorité (Magnin, *Des minorités*, n° 613).

Mais on peut répondre 1° que le texte est général et ne distingue pas (art. 115-120); 2° que l'incertitude sur l'existence, qui est le fondement de toute cette matière, s'élève aussi bien et plus encore même, peut-être, dans le cas où c'est un mineur qui a disparu sans donner de ses nouvelles; 3° qu'il ne serait pas juste, dans ce cas plus que dans tout autre, de paralyser, pendant une plus longue attente, l'exercice provisoire des droits subordonnés à la condition du décès (comp. Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, n° 10, t. I, p. 32).

52. — Ce n'est pas à dire d'ailleurs que le tribunal devra nécessairement déclarer l'absence dès qu'il se sera écoulé quatre ans ou dix ans sans nouvelles. Il lui appartient au contraire d'apprécier les motifs de la dis-

parition, et les causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles du présumé absent (art. 117).

On comprend que les circonstances exercent, en pareil cas, une grande influence, et qu'on pourra, par exemple, être plus ou moins disposé à attendre, suivant qu'il s'agira d'une personne à laquelle un motif connu a fait entreprendre un lointain voyage dans un pays avec lequel les communications sont difficiles ou même accidentellement interrompues, ou bien d'une personne qui a soudainement disparu, sans motif connu, de son domicile. C'est là une pure question de fait, sur laquelle il ne serait pas possible de se prononcer d'avance.

Aussi la distinction en quelque sorte théorique, proposée par M. de Plasman, entre la *disparition* et l'*éloignement*, nous paraît-elle manquer d'exactitude et de vérité (t. I, p, 96-99).

Sans doute, si la disparition subite a eu lieu dans une catastrophe quelconque, on pourra en induire le décès et le constater autant que l'événement le permettra (*supra*, n° 17). Mais lorsque la mort ne sera pas prouvée, il faudra bien déclarer l'absence, quelle que soit d'ailleurs la manière dont la trace de la personne aura été perdue.

53. — La disparition d'une personne, par suite de mauvaises affaires ou de poursuites criminelles, peut aussi donner lieu, bien entendu, à la déclaration d'absence.

En vain, on dirait qu'on sait bien pourquoi elle a disparu!.... qu'elle est en fuite! qu'elle se cache! Toujours est-il que le défaut absolu de nouvelles fait naître l'incertitude sur sa vie, et amène, en conséquence, l'application de tout le régime de l'absence. N'est-ce pas, du reste, le plus souvent par de telles causes, que ces sortes de disparitions se réalisent? Les magistrats pourront d'ailleurs avoir égard aux motifs connus de l'éloignement et

même du défaut de nouvelles; ils pourront dès lors différer, suivant les cas, la déclaration d'absence; mais voilà tout.

Ces principes, toutefois, auraient-ils été applicables dans le cas même où la personne qui a disparu aurait été condamnée par contumace à une peine emportant mort civile, avant la loi du 31 mai 1854, qui a aboli cette pénalité? Aurait-on dû la déclarer absente et la traiter comme telle, après cinq ans de disparition sans nouvelle (art. 115, 120)? — ou bien aurait-il fallu, au contraire, la considérer comme morte civilement cinq ans après l'exécution par effigie (art. 25, 27)?

C'est là une question fort grave, que j'ai discutée dans le titre : *De la jouissance et de la privation des droits civils;* je ne puis ici que me référer aux développements et à la solution que j'ai alors présentés (*voy.* mon *Traité de la Publication des lois*, etc., n° 234).

54.— Toute espèce de procuration doit-elle avoir pour effet de retarder la demande en déclaration d'absence?

Doit-on, au contraire, avoir égard soit à l'étendue des pouvoirs qu'elle confère, soit à la durée du temps pour lequel elle a été accordée?

Et d'abord, faut-il que la procuration soit générale? un mandat spécial suffirait-il?

Plusieurs opinions sont en présence.

1° Pour soutenir qu'une procuration, même spéciale, doit retarder la demande en déclaration d'absence, on invoque la généralité des articles 112, 121 et 122, qui ne font aucune distinction. On ajoute que l'on doit toujours préférer l'interprétation la plus favorable au présumé absent, et que d'ailleurs une procuration, même spéciale, suffit pour témoigner de sa part le projet de s'éloigner de son domicile (de Moly, n°s 100 et 225; Talandier, p. 104).

2° L'opinion qui prétend, au contraire, que la procuration doit être générale, raisonne ainsi :

L'article 121 est fondé sur deux motifs : le premier, le principal, c'est que la procuration laissée par le présumé absent annonce, en effet, de sa part, l'intention de s'éloigner, et que dès lors il est naturel d'attendre plus longtemps ; le second, c'est que cette procuration rend toujours moins nécessaire, et quelquefois même inutile, l'intervention de la loi ;

Or, ces deux motifs ne sauraient s'appliquer à une procuration seulement spéciale, au pouvoir donné, par exemple, pour aller devant le juge de paix au bureau de conciliation, ou pour faire réparer les bâtiments d'une ferme éloignée, sans aucun pouvoir d'ailleurs relativement aux autres biens du présumé absent. D'une part, en effet, une telle procuration n'annonce aucun projet de voyage et d'éloignement ; d'autre part, elle ne pourvoit pas à l'abandon des biens qui en résulte.

Donc, elle ne saurait retarder la demande en déclaration d'absence.

Vous dites que le texte est général ! qu'il n'exige pas que la procuration ait été donnée en vue de l'absence ! La réponse est qu'il faut entendre ce texte d'après son esprit, d'après les autres dispositions qui le précèdent et qui le suivent ; or, il est question, dans notre titre entier, de pourvoir à l'administration des biens, de tous les biens. Telle est certainement la pensée de l'article 120, lorsqu'il dit : « Dans le cas où l'absent « n'aurait pas laissé de procuration pour *l'adminis-* « *tration de ses biens*.... » (Delvincourt, t. I, p. 44, note 3 ; Zachariæ, t. I, p. 294 ; de Plasman, t. I, p. 198-201.)

3° Ces deux opinions me paraissent également trop absolues.

Le texte n'exige pas que la procuration soit générale ; c'est l'argument de la première opinion, et il me paraît fondé.

Mais, d'un autre côté, il est évident aussi qu'une procuration, quelle qu'elle soit, ne saurait nécessairement, et dans tous les cas, entraîner l'application de l'article 121 ; la raison même s'y oppose !

Je conclus donc qu'il n'est pas nécessaire que le mandat soit général, mais que néanmoins il faut aussi qu'il ait un tel caractère, eu égard à la situation, à la nature, à l'importance des biens, qu'il annonce suffisamment, de la part du présumé absent, l'intention de s'éloigner et de pourvoir à l'administration de sa fortune.

D'où il résulte que c'est là une question de fait, abandonnée à l'appréciation discrétionnaire des magistrats (art. 117, 120, 122; Duranton, t. I, n° 512; Valette sur Proudhon, t. I, p. 273 ; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 585).

55. — Examinons maintenant ce qui concerne la durée de la procuration.

Il est possible qu'elle ait été donnée sans fixation de terme et pour une durée indéterminée; dans ce cas, il n'y a pas de question.

Mais que décider, si elle a été donnée pour moins ou pour plus de dix ans ? pour deux ans, par exemple, ou pour vingt ans ?

Cette durée de la procuration, plus courte, dans un cas, et plus longue, dans l'autre, que le délai de dix ans fixé par l'article 121, devra-t-elle avancer, dans le premier cas, et retarder, dans le second, la demande en déclaration d'absence?

1° Je suppose d'abord que la procuration a été donnée pour un an, pour deux ans, etc.

D'après l'article 122, le délai de dix ans n'est pas abrégé, lors même que la procuration vient à cesser; or le texte ne distingue pas entre les différentes causes qui peuvent y mettre fin, la mort du mandataire ou l'expiration de son pouvoir; donc, il y a lieu d'attendre,

dans tous les cas, pendant dix ans. Telle est l'opinion de Duranton (t. I, n° 481) et de M. de Plasman (t. I, p. 202).

Delvincourt, au contraire, explique l'article 122 en disant que « la cessation du mandat est un événement « qui est entièrement étranger au présumé absent et « qu'il n'a pas pu prévoir.... » (t. I, p. 44, note 3); et il est très-vraisemblable, en effet, que tel est surtout le motif qui, dans la pensée du législateur, a déterminé cette disposition. C'est ainsi, par exemple, que tout le monde convient que l'article 122 ne serait pas applicable si le présumé absent avait connu, avant de s'éloigner, le décès de son mandataire, ou bien encore si la personne qu'il voulait charger de ses pouvoirs lui avait répondu qu'elle n'acceptait pas. Pourquoi cela? Parce que le présumé absent, dans ces circonstances, aurait su qu'il ne laissait pas de procureur fondé. Eh bien! de même, s'il est vrai que la mort du mandataire ou sa faillite, postérieurement à la disparition du présumé absent, soient des événements indépendants de son fait et qu'il n'a pas pu prévoir, il n'en est certes pas ainsi de l'expiration du terme par lequel il a lui-même et d'avance limité sa procuration; donc, il faut en conclure que l'article 122 n'est pas alors applicable. Aussi MM. Aubry et Rau pensent-ils qu'en consultant l'esprit de la loi, il semble que la déclaration d'absence devrait être admise, dans ce cas, quatre ans *après l'expiration de la procuration* (sur Zachariæ, t. I, p. 585-586).

Pour mon compte, je dirais ici ce que j'ai dit plus haut relativement à l'étendue de la procuration. Je pense donc qu'en général il n'est pas nécessaire que le mandat ait une durée indéterminée, et que l'article 122 *peut* s'appliquer à la cessation du mandat même par l'expiration du terme que le mandant y avait mis : le texte est général; il est permis d'ailleurs de supposer que le mandant a eu la confiance que son mandataire n'abandonnerait pas

la gestion, malgré l'expiration du terme de ces pouvoirs, et qu'il s'est reposé sur cette garantie; mais je ne crois pas non plus que toute procuration, quelle qu'en soit la durée, pour un an, pour six mois, pour quinze jours! dût nécessiter l'application des articles 121 et 122; les magistrats apprécieront! (art. 117; comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 140).

56. — 2° La procuration, au contraire, a été donnée pour quinze ans, pour vingt ans?

Oh! alors, je n'hésite pas à croire que, sans égard à ce terme, on pourra provoquer la déclaration d'absence à l'expiration des dix ans depuis les dernières nouvelles :

D'abord, le texte est général et n'admet pas de distinction (art. 121); et puis, d'où résultent toutes les mesures que l'absence va produire? de l'incertitude sur la vie de la personne; or, une procuration, qui peut bien diminuer cette incertitude pendant un certain temps, ne saurait indéfiniment l'empêcher de prévaloir; car elle ne prouve pas l'existence actuelle; donc, elle ne peut pas faire obstacle à la déclaration d'absence (Pothier, *Traité du mandat*, n° 103); il faut bien le dire, d'ailleurs, une procuration déjà si étrange par sa longue durée, suivie, après cela, d'un silence complet et d'un défaut absolu de nouvelles, une telle procuration légitime tous les doutes, toutes les suppositions, même celle d'un suicide. En tous cas, nul ne peut avoir le droit, par son fait, par de telles excentricités, de paralyser indéfiniment l'exercice des droits des tiers.

Telle est la règle; seulement, si la procuration avait été donnée pour un temps, qui n'excéderait pas de beaucoup les dix ans, le tribunal pourrait, par application de l'article 117, différer la déclaration d'absence; et encore faudrait-il, bien entendu, que, d'après les circonstances, il entrevît quelque possibilité de retour, quelque espérance, du moins, de nouvelles (comp. Duranton, t. I,

n° 413; Valette sur Proudhon, t. I, p. 273, n° 3; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 585; Massé et Vergé, t. I, p. 139-140; de Plasman, t. I, p. 202-203).

57. — Quel est le point de départ de quatre ans ou de dix ans, après lesquels la déclaration d'absence peut être demandée?

Est-ce la date même des dernières nouvelles?

Est-ce, au contraire, la date de la réception de ces nouvelles?

Pour soutenir que le délai ne commence qu'à partir de cette dernière époque, on argumente d'abord de ces mots de l'article 115 : « .... *et que* depuis quatre ans *on « n'en aura point eu de nouvelles....* » donc, c'est aux nouvelles reçues, et à la date même de la réception des nouvelles qu'on s'attache. Il suffit d'ailleurs à la personne éloignée de son domicile, il lui suffit, pour prévenir la déclaration d'absence, de ne pas laisser, entre ses lettres, l'intervalle déterminé par les articles 115 et 120, c'est-à-dire de n'être point quatre ans ou dix ans sans écrire; or, elle a pu s'arranger de manière que tous les quatre ans, on reçût, en effet, de ses nouvelles; donc, c'est la date de la réception qu'il faut considérer. S'il en était autrement, et si on s'attachait à la date même où une première lettre a été écrite, il pourrait se faire que l'absence fût déclarée, pendant que la seconde lettre serait en route, pour être reçue avant l'expiration des quatre ans depuis la réception de la première (comp. Delvincourt, t. I, p. 46, note 1; Duranton, t. I, n° 414; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 385; de Moly, n° 47; de Plasman, t. I, p. 97; *voy.* aussi Cass., 24 nov. 1811, le préfet de la Loire-Inférieure, Sirey, 1812, I, 83).

Je pense néanmoins qu'il vaut mieux s'attacher à la date même des dernières nouvelles :

Il est certain que telle est la disposition de l'article 120, lorsqu'il attribue l'envoi en possession aux héritiers pré-

somptifs de l'absent, au jour de ses dernières nouvelles ; et tout en reconnaissant la différence de rédaction qui existe entre les articles 115 et 120 (Zachariæ, t. I, p. 297, note 2), je crois que la pensée de la loi a été, dans les deux cas, la même.

Il est, en effet, raisonnable et logique de prendre comme point de départ commun de toutes les mesures de l'absence, le dernier signe de vie émané de la personne, la dernière manifestation donnée par elle-même de son existence. J'avoue d'ailleurs que je ne comprends pas cette étrange prévoyance et ce bizarre calcul qu'on prête à l'absent, qui, dit-on, peut s'arranger de manière que l'on reçoive de ses nouvelles tout juste, et en quelque sorte jour pour jour, de quatre ans en quatre ans ! Cette supposition est trop invraisemblable !

Le système contraire aurait, en outre, des conséquences inadmissibles, puisqu'il en résulterait qu'une lettre d'une date très-ancienne, écrite il y a dix ou quinze ans, mais égarée ou retardée par une circonstance quelconque, n'en forcerait pas moins de différer pendant quatre ans, à dater du jour où elle serait reçue, les poursuites en déclaration d'absence.

Ajoutez enfin que l'opinion que je propose, ne présente elle-même aucun danger, l'article 117 laissant toujours aux juges le pouvoir de retarder la déclaration d'absence, eu égard aux circonstances (comp. Demante, *Encyclop.*, n° 66; Valette sur Proudhon, t. I, p. 271, note A, 1; Duvergier sur Toullier, t. I, n° 397, note *a*; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 138).

2° Quel est le tribunal compétent?

58. — Le tribunal compétent pour prononcer la déclaration d'absence est incontestablement celui du domicile, ou, à défaut de domicile, de la dernière résidence de la personne qui a disparu.

Nous en avons déjà dit les motifs (*supra*, n° 20); Demante (*Encyclop.*, n° 63) remarque en outre, avec raison, qu'ici l'absent joue presque véritablement le rôle de défendeur (art. 59 Code de procéd.; *voy.* aussi l'article 1er de la loi du 13 janvier 1817; comp. de Moly, n° 284; de Plasman, p. 99; Talandier, p. 119; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 585; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 193).

3° *Par quelles personnes la déclaration d'absence peut-elle être demandée?*

59. — La loi ne détermine pas, dans l'article 115, plus nettement qu'elle ne l'a fait, dans l'article 112 (*supra*, nos 22 et suiv.), l'acception des mots : *parties intéressées*.

Aussi, la même lutte s'est-elle reproduite :

1° Une première opinion prête à ces expressions la plus vaste étendue, et y comprend les créanciers de l'absent, et en général les mêmes personnes que dans l'hypothèse de l'article 112 (de Moly, nos 268 et suiv.; de Plasman, t. I, p. 128-132); Demante, qui l'avait d'abord combattue dans l'*Encyclopédie du droit* (v° *Absent*, n° 62), l'a ensuite adoptée dans son *Cours analytique* (t. I, n° 145 *bis*, I).

Mais je ne crois pas que cette opinion doive être suivie :

Il n'y a point d'action sans intérêt; or, les créanciers ne me paraissent pas avoir d'intérêt à la déclaration d'absence; le droit commun d'abord, et en outre l'article 112 leur fournissent tous les moyens de poursuivre l'exercice de leurs droits contre le présumé absent. L'envoi en possession provisoire des biens au profit des divers intéressés, qui est le but final de la déclaration d'absence, loin de profiter aux créanciers, ne peut que leur être préjudiciable, par le morcellement du patrimoine de leur dé-

biteur, et par l'attribution d'une part considérable de ses revenus aux envoyés en possession. Il faut convenir toutefois que l'article 11 de la loi du 13 janvier 1817, relative aux militaires absents, confère aux créanciers le droit de se pourvoir en déclaration d'absence; mais c'est là même une exception, dont il est assez difficile de se rendre compte, et qui dès lors n'en doit être que plus spéciale (Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, t. XVI, p. 9; Toullier, t. I, n° 399; Duranton, t. I, n° 415; Valette sur Proudhon, t. I, p. 270).

2° Une autre opinion ne considère comme parties intéressées, dans l'hypothèse de l'article 115, que les héritiers présomptifs de l'absent et son conjoint (Locré, sur l'article 115). On peut, en ce sens, argumenter des articles 120, 121 et 123, qui semblent effectivement ne désigner que les héritiers présomptifs.

Mais si la première opinion est trop extensive, celle-ci pèche à son tour, suivant nous, par le défaut contraire.

3° Une action doit, en général, appartenir à ceux qui peuvent profiter du résultat qu'elle produit; or, le résultat de la déclaration d'absence est l'envoi en possession provisoire au profit des différentes personnes, qui ont sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la condition de son décès; donc, ce sont ces mêmes personnes qui ont qualité pour demander la déclaration d'absence.

Cet argument me paraît concluant, et me décide à croire que, sous le nom de parties intéressées, l'article 115 comprend toutes ces personnes, c'est-à-dire non-seulement les héritiers présomptifs, mais les légataires, les donataires de biens à venir, le donateur avec stipulation du droit de retour, le nu-propriétaire du bien, dont le présumé absent est usufruitier, l'appelé à la substitution, dont il est grevé, les successeurs irréguliers, etc. (art. 123). D'où il suit que l'État lui-même est partie inté-

ressée, dans le sens de notre article 115 (comp. Rouen, 7 déc. 1840, la Régie des Domaines, Dev., 1841, II, 209; Colmar, 18 janv. 1850, Domaine de l'État, Dev., 1851, II, 533.)

Dira-t-on que, d'après cet article 123, combiné avec l'article 120, les légataires et tous les autres qui n'ont que des droits spéciaux, ne peuvent obtenir leur envoi en possession particulier, qu'après que les héritiers légitimes eux-mêmes ont d'abord obtenu l'envoi en possession général du patrimoine de l'absent? Et voudrait-on en induire que, même d'après mon argument, les héritiers légitimes pourraient seuls poursuivre la déclaration d'absence?

Je répondrais :

1° Que l'article 115 se sert des mots *parties intéressées*, qu'il ne paraît pas possible de limiter aux seuls héritiers présomptifs, puisque certainement ceux qui n'ont que des droits spéciaux, ont aussi intérêt à ce que l'absence soit déclarée;

2° Que si, en général, c'est aux héritiers légitimes qu'il appartient de demander d'abord l'envoi en possession des biens, le droit des autres intéressés n'est pas néanmoins absolument subordonné à cette condition (*infra*, n° 75; comp. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 193; Duvergier sur Toullier, t. I, n° 399, note *a*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 536; Massé et Vergé, t. I, p. 140).

60. — De ce qui précède il faut conclure que ceux qui auraient de justes raisons de se croire légataires, pourraient, dès avant la déclaration d'absence, et précisément à l'effet de la poursuivre eux-mêmes, pourraient, dis-je, s'adresser au procureur impérial, pour qu'il requît l'ouverture du testament, s'il était olographe ou mystique (L. 2, § 4, ff. *Testamenta quemadmodum aperiantur*); l'article 123, qui porte que le testament sera ouvert, lorsque les héritiers présomptifs auront obtenu

l'envoi en possession, statue d'après ce qui arrivera en effet le plus ordinairement; mais c'est là une disposition énonciative bien plutôt que restrictive. Puisque l'article 115 autorise les parties intéressées, et par conséquent les légataires à poursuivre la déclaration d'absence, il est logique, il est nécessaire de leur accorder les moyens d'exercer le droit qui leur est conféré (*voy.* aussi *infra*, n° 75; comp. Aubry et Rau sur Zachariæ, *loc. supra cit.*; *voy.* toutefois Massé et Vergé, *h. l.*).

61. — Les créanciers de ceux qui ont qualité pour demander la déclaration d'absence, peuvent-ils exercer ce droit au nom de leurs débiteurs, en vertu de l'article 1166?

Cette question dépend du point de savoir si les créanciers pourront ensuite demander, du chef de leur débiteur, l'envoi en possession provisoire; car s'ils n'avaient pas ce droit, on ne voit pas comment ils pourraient poursuivre la déclaration d'absence, dont le résultat utile est précisément l'envoi en possession.

Mais réciproquement, si les créanciers peuvent, du chef de leur débiteur, obtenir l'envoi en possession, il me semble qu'ils doivent aussi pouvoir demander la déclaration d'absence. Il faut bien en effet, comme je viens de le dire, quand on accorde un droit, accorder aussi le moyen sans lequel il ne pourrait pas être exercé.

Cela posé, les créanciers ont-ils le droit de demander l'envoi en possession du chef de leur débiteur?

C'est un point que je discuterai bientôt (*infra*, n° 78).

62. — Je ne crois pas que le procureur impérial puisse provoquer la déclaration d'absence.

L'article 115 n'accorde ce droit qu'aux parties intéressées. Quel serait l'intérêt du ministère public? Il n'en a d'autre, en cette occasion, que celui du présumé absent (art. 114); or, précisément, la déclaration d'absence est,

à beaucoup d'égards, dirigée contre lui, ou au moins elle ne se propose pas directement et principalement son intérêt. Sans doute, la loi a cherché à combiner, à concilier les intérêts différents que cette situation met en scène; mais cette composition, cette transaction s'est faite surtout à l'avantage des tiers ; ce n'est donc pas au procureur impérial qu'il appartient de prendre l'initiative d'une telle mesure. La loi lui confie au contraire une tout autre mission à cet égard ! Elle le constitue le contradicteur de cette demande (art. 116 ; Colmar, 4 mars 1815, de La Côte, Sirey, 1816, II, 38).

Qui donc alors défendrait le présumé absent contre la demande en déclaration d'absence, si le procureur impérial lui-même la formait ! (Duranton, t. I, n° 420 *bis;* Demante, *Encyclop.*, n° 62; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 536; Ortolan et Ledeau, *Du ministère public en France,* t. I, tit. I, chap. III, p. 143.)

4° Quelles sont les formes à suivre pour la déclaration d'absence?

63. — Les formes à suivre pour la déclaration d'absence ont le double but de constater que personne, directement ou indirectement, n'a eu des nouvelles du présumé absent, et de le provoquer lui-même à faire connaître son existence, s'il veut prévenir les mesures qui se préparent.

La demande se forme par une requête présentée au président du tribunal, avec les pièces et documents à l'appui. L'article 860 du Code de procédure ne trace, il est vrai, cette marche que pour la demande d'envoi en possession provisoire; mais, ainsi que nous l'avons dit, l'une de ces demandes devant conduire à l'autre, il existe, entre elles, une intimité qui explique comment le législateur a pu, dans sa pensée, les confondre.

Le tribunal, d'après les pièces et les documents pro-

duits, et suivant toutes les circonstances du fait, peut ou rejeter de suite la demande et déclarer qu'il n'y a pas lieu, quant à présent du moins, de l'admettre; ou bien ordonner qu'une enquête sera faite dans l'arrondissement du domicile, et dans celui de la résidence et même des diverses résidences, si le présumé absent en avait plusieurs (art. 116).

L'enquête, qui n'est pas nécessaire pour le rejet immédiat de la demande, est, au contraire, indispensable pour arriver à la déclaration d'absence. Cette double proposition résulte de l'article 116, qui exige impérativement une enquête, mais seulement *pour constater l'absence*. La nécessité de l'enquête dans tous les cas où la demande suit son cours, est encore prouvée d'ailleurs par l'article 119, qui porte que le jugement de déclaration ne peut être rendu qu'un an après le jugement qui a ordonné l'enquête.

Ce moyen d'instruction est en effet le meilleur en pareille occurrence; aussi, je ne suivrais pas l'avis de Proudhon (t. I, p. 274), qui pense « qu'il n'y a pas lieu à « enquête, lorsqu'il résulte de l'extrait de naissance de « l'absent qu'il s'est écoulé cent ans depuis qu'il est venu « au monde. » (Art. 129.) Tout ce qui résulte, en effet, de cette circonstance, c'est qu'on devra prononcer *de plano* l'envoi en possession *définitif;* mais même alors la déclaration d'absence est nécessaire; or, pour constater l'absence, l'article 116 exige, dans tous les cas, une enquête.

64. — Cette enquête doit être faite contradictoirement avec le procureur impérial (art. 116), qui, dans ce cas, se trouve évidemment constitué ainsi la partie adverse des demandeurs en déclaration d'absence; d'où il résulte :

1° Que c'est lui, et non le présumé absent, qui doit être assigné pour être présent à l'enquête (art. 261 Code de procéd.);

2° Qu'il pourrait, s'il y avait lieu (*infra*, n° 66), reprocher les témoins (art. 270 Code de procéd.);

3° Qu'il peut requérir qu'on fasse aux témoins les interpellations qu'il croit convenables (art. 273 Code de procéd.);

4° Qu'il a le droit de faire la preuve contraire (art. 256 Code de procéd.);

5° Que par suite, et dans toute cette procédure, il représente l'absent, qui ne serait, ni par lui-même, ni par ses créanciers, recevable à former tierce opposition aux jugements (comp. Colmar, 4 mars 1815, de La Côte, Sirey, 1816, II, 38; Grenoble, 15 février 1815, Taguet, D., 1833, II, 173).

65. — L'enquête d'ailleurs doit être faite suivant les formes ordinaires, et non pas seulement à l'audience et sommairement (comp. Colmar, 16 thermidor an XII, Odile Brobecker, 1807, II, 936).

La question est en effet assez grave, elle intéresse assez sérieusement l'absent pour qu'il reste des traces de la procédure (de Plasman, t. I, p. 103).

66. — Mais faut-il également en conclure que tous les articles du Code de procédure, au titre *Des enquêtes*, devront être ici appliqués?

Et l'article 268, qui ne permet pas d'assigner comme témoins les parents ou alliés en ligne directe de l'une des parties ou son conjoint?

Et l'article 283, qui permet de reprocher les parents ou alliés, jusqu'au degré de cousins issus de germain, les héritiers présomptifs, les donataires, les serviteurs ou domestiques?

Et l'article 293, qui ne permet pas de recommencer l'enquête déclarée nulle par la faute de l'avoué ou par celle de l'huissier?

L'affirmative semblerait d'abord logique; car la loi ne déterminant aucune règle spéciale, relativement à cette enquête, se réfère pour cela même à la règle générale et

au droit commun; et puis, le témoignage des héritiers présomptifs n'est-il pas suspect, en cette occasion surtout, puisqu'ils doivent profiter de la déclaration d'absence? aussi, les Cours d'appel de Caen, d'Orléans et de Rennes avaient-elles demandé qu'ils ne pussent pas être entendus.

Néanmoins, je ne crois pas qu'il en soit ainsi :

1° L'enquête dont il est ici question, est spéciale et exceptionnelle par sa nature même. Il ne s'agit pas en effet d'une contestation ordinaire ni d'un véritable procès; le présumé absent et les parties qui poursuivent la déclaration d'absence, ne sont pas vraiment des adversaires, des plaideurs! leurs intérêts sans doute sont différents: mais ils ne sont pas, légalement du moins, ennemis!

2° Repousser les parents, les héritiers présomptifs, les domestiques, etc., c'est écarter précisément, dans ce cas, les témoins les plus importants et les plus précieux, ceux-là même que la loi admet aussi dans des circonstances non moins graves, lorsqu'elle les reconnaît nécessaires (*voy.* art. 251). De même, si vous annulez l'enquête, cet élément indispensable de la procédure en déclaration d'absence, quelle sera l'issue de cette situation! (Delvincourt, t. I, p. 46, note 4; Toullier, t. I, n° 402; Duranton, t. I, n° 423; de Plasman, t. I, p. 106.)

Proudhon écarte seulement le témoignage des parents qui demandent la déclaration d'absence; mais cette exception même n'est pas dans la loi; et on devra seulement avoir tel égard que de raison à leur témoignage. Telle est aussi l'observation de M. Vallette (sur Proudhon, t. I, p. 275, note 6). La présence du procureur impérial offre, dans cette occasion comme toujours, une suffisante garantie contre les abus.

67. — Le jugement qui ordonne l'enquête, est transmis par le procureur impérial au ministre de la justice, qui le rend public; et ce n'est qu'une année après, que le jugement de déclaration d'absence peut être prononcé; de telle sorte que l'absence n'est jamais déclarée

que cinq ans ou même onze ans (s'il y a un procureur fondé) après les dernières nouvelles.

Le jugement définitif reçoit aussi, et par les mêmes moyens, une égale publicité (art. 118, 119).

Ajoutons que la publication est une formalité essentielle des jugements rendus en matière d'absence. (Cass., 15 juillet 1878, procureur général près la Cour de cassation, D, 1878-I-452.)

68. — La loi n'exige pas une seconde enquête avant le jugement qui prononce la déclaration d'absence; elle n'est donc pas nécessaire.

Mais rien non plus ne ferait obstacle à ce que, suivant les cas, et s'il y avait lieu de penser qu'on a reçu des nouvelles du présumé absent, le procureur impérial pût requérir, ou même le tribunal ordonner d'office une nouvelle enquête (de Plasman, t. I, p. 114).

69. — Les jugements soit préparatoires, soit définitifs, sont susceptibles d'appel, puisqu'il s'agit d'une valeur indéterminée; et il n'est pas douteux que le procureur impérial peut lui-même se porter appelant, puisqu'il est alors partie au nom du présumé absent (art. 8 de la loi du 12 janvier 1817, sur les moyens de constater le sort des militaires absents; Cass., 3 déc. 1844, Minist. public, D., 1845, I, 5; Duranton, t. I, n° 425; de Plasman, t. II, p. 285).

70. — Nous verrons plus bas (appendice, n°s 348 et 353), en parlant de l'absence des militaires, sous quels rapports les lois spéciales ont modifié, en ce qui les concerne, les règles de la déclaration d'absence.

§ II.

De l'envoi en possession provisoire.

SOMMAIRE.

71. — La déclaration d'absence donne lieu à une sorte d'ouverture provisoire de la succession de l'absent; et chacun de ceux qui ont des droits subordonnés à son décès, est admis à les exercer, au moyen de l'envoi en possession provisoire. Exemples.

72. — Considérations sur lesquelles ce nouvel ordre de choses est fondé.
73. — A. Par qui l'envoi en possession provisoire peut-il être demandé? — B. Suivant quelles formes? — C. Au profit de quelles personnes a-t-il lieu? — D. Quels biens comprend-il? — E. Quels sont ses effets?

A. — *Par qui peut être demandé l'envoi en possession provisoire?*

74. — Régulièrement, c'est aux héritiers présomptifs de l'absent qu'il appartient de demander l'envoi en possession provisoire de ses biens; et c'est ensuite contre eux que doivent être formées les demandes d'envois en possession spéciaux.
75. — *Quid*, pourtant, si les héritiers légitimes n'agissent pas?
76. — La lutte peut dès lors s'engager entre les prétentions contraires, que l'ouverture de la succession met seule ordinairement en présence.
76 *bis*. — Les héritiers présomptifs envoyés en possession provisoire, peuvent-ils exercer le retrait successoral contre le cessionnaire de l'un de leurs cohéritiers?
77. — Le droit de demander l'envoi en possession appartient aux héritiers présomptifs de l'absent à l'époque de ses dernières nouvelles. — Mais, en cas d'inaction de leur part, les parents d'un degré plus éloigné ne peuvent-ils pas le demander?
78. — Les créanciers des héritiers présomptifs ou des autres parties intéressées, qui peuvent demander l'envoi en possession provisoire, ont-ils le droit d'exercer cette demande au nom de leur débiteur?

B. — *Suivant quelles formes l'envoi en possession provisoire peut-il être demandé?*

79. — Deux jugements sont-ils nécessaires : l'un, pour déclarer l'absence; l'autre, pour prononcer l'envoi en possession?
80. — S'il y avait un intervalle entre le jugement déclaratif d'absence et le jugement d'envoi en possession, quelles mesures devraient être observées?
81. — Dans cette même hypothèse, le tribunal pourrait-il, avant de rendre le jugement d'envoi en possession, ordonner une nouvelle enquête?

C. et D. — *Au profit de quelles personnes l'envoi en possession provisoire doit-il avoir lieu? — Et quels biens comprend-il?*

82. — La présomption de mort remonte au dernier signe de vie donné par l'absent. — Conséquences.
83. — C'est à ce moment qu'il faut se reporter pour apprécier les titres des divers prétendants. — Il faut, mais il suffit qu'ils aient survécu à l'époque des dernières nouvelles, pour que le droit de demander l'envoi en possession ait pu être transmis, dans leur propre hérédité, à leurs différents successeurs. — Exemples.

84. — Les contestations qui peuvent s'élever entre plusieurs prétendants à l'envoi en possession provisoire sont jugées d'après les règles ordinaires du droit commun.

85. — L'envoi en possession ne peut comprendre que les biens qui appartenaient à l'absent à l'époque de ses dernières nouvelles. — *Quid*, d'un droit conditionnel ? — *Quid*, de la possession commencée ?

86. — Les fruits produits par les biens de l'absent, depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles, sont aussi compris dans l'envoi en possession provisoire. — Mais *quid*, des fruits produits depuis cette époque par la chose léguée à titre particulier, par l'objet donné avec stipulation de droit de retour, par l'objet grevé d'usufruit, etc. ?

87.— A quel titre les envoyés spéciaux, le légataire, le donateur, le nu-propriétaire, etc., reçoivent-ils les fruits produits, pendant la présomption d'absence, par la chose dont ils obtiennent la possession provisoire ? Est-ce comme *fruits ?*... Est-ce comme capital ?

E. — *Quels sont les effets de l'envoi en possession provisoire ?*

88. — Les effets de l'envoi en possession provisoire peuvent être considérés : 1° dans les rapports des envoyés envers l'absent ; 2° dans les rapports des envoyés les uns envers les autres ; 3° dans leurs rapports envers les tiers.

I. — Rapports des envoyés provisoires envers l'absent.

89. — La loi, pour concilier les intérêts de l'absent avec ceux des envoyés, prend trois sortes de mesures qu'on peut résumer ainsi : 1° garanties de restitution et mesures conservatoires ; 2° limitation des pouvoirs des envoyés ; 3° attribution aux envoyés d'une partie ou de la totalité des fruits par eux perçus.

N° 1. — *Garanties de restitution et mesures conservatoires exigées des envoyés, dès leur entrée en possession.*

90. — Énumération des mesures que doivent remplir les envoyés en possession provisoire.

91.— La caution doit être fournie par tous les envoyés provisoires. — *Quid*, s'ils sont les enfants de l'absent ? — *Quid*, si la loi existante à l'époque des dernières nouvelles ne l'exigeait pas. — A quel moment doit-elle être fournie ?

92. — Comment la caution est-elle reçue ? les tiers sont-ils fondés à contester sa solvabilité ?— Comment cette solvabilité doit-elle être appréciée ?

93. — *Quid*, si ceux qui demandent l'envoi provisoire ne trouvent pas de caution ?

94. — Inventaire du mobilier et des titres de l'absent. — Devant qui doit-il être fait ?

95. — Vente du mobilier. — Quels meubles doivent être vendus ?

95 *bis.* — Les envoyés en possession devraient-ils une indemnité à raison

à la question de savoir si la prescription court contre l'absent au profit des envoyés.

118. — La prescription court-elle au profit de l'absent contre les envoyés provisoires ?

119. — *Quid*, dans les deux cas qui précèdent, si la prescription était déjà accomplie au moment de l'envoi en possession ?

N° 3. — *Attribution aux envoyés en possession provisoire d'une partie ou même de la totalité des fruits par eux perçus.*

120. — A quel titre et pour quelle cause les envoyés provisoires ont-ils droit aux fruits ?

121. — Les envoyés peuvent-ils réclamer une part quelconque de la récolte qui est encore sur pied, lorsque l'absent reparaît ?

122. — Même question à l'égard des fruits civils, loyers, arrérages de rente, etc., non encore payés au moment du retour de l'absent.

123. — L'article 127 s'applique à tous les envoyés provisoires. — *Quid*, du conjoint présent? — Renvoi. — *Quid*, d'un administrateur nommé par le tribunal ?

124. — Dans quelle proportion les envoyés gagnent-ils les fruits, suivant la durée plus ou moins longue de l'absence ?

125. — Est-ce seulement après trente ans d'absence déclarée que la totalité des fruits appartient aux envoyés provisoires ?

126. — *Quid*, après douze ou quinze ans seulement de disparition, si déjà il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent?

127. — Les envoyés provisoires sont-ils tenus de contribuer aux frais que nécessitent l'entretien et la conservation des biens. — *Quid*, des réparations menues ou locatives ? — Des réparations usufructuaires ou d'entretien ? — Des grosses réparations ?

II. — Rapport des envoyés provisoires les uns envers les autres.

128. — Les envoyés provisoires peuvent-ils faire entre eux le partage des biens, sans attendre pour cela l'envoi définitif?

129. — Peuvent-ils procéder à la licitation d'un bien de l'absent? — Et comment?

130. — Peuvent-ils faire des traités quelconques, nonobstant les articles qui prohibent tout acte sur une succession non ouverte ? (Art. 791, 1130, 1600.)

130 *bis*. — Suite.

131. — *Quid*, si le traité sur la succession de l'individu qui a disparu, a été fait par ses héritiers présomptifs pendant la présomption d'absence ?

132. — Les cohéritiers envoyés en possession provisoire peuvent-ils se contraindre réciproquement au rapport des dons qu'ils auraient reçus de l'absent, sans clause de préciput ?

III. — Rapports des envoyés en possession provisoire envers les tiers.

133. — Les droits de mutation sont-ils dus par les envoyés?

71. — Nous allons assister à une sorte d'ouverture

provisoire de la succession de l'absent. Telle est, en effet, l'image que présente l'envoi en possession, qui suit la déclaration de l'absence.

Des articles 120 et 123 résulte cette règle fondamentale, savoir :

Tous les droits que le décès prouvé ouvrirait, d'une manière définitive, sur les biens qui appartenaient à l'absent lors de ses dernières nouvelles, l'absence déclarée les ouvre provisoirement.

En conséquence, les héritiers légitimes vont obtenir la possession de leurs parts héréditaires (art. 718); et non-seulement les héritiers légitimes, mais tous les successeurs irréguliers, quels qu'ils soient (art. 756, 768). Si l'article 140 ne désigne que le conjoint, sans parler des enfants naturels, qui pourtant le précèdent (art. 767), c'est qu'à cette époque, on ne savait pas encore quels droits leur seraient accordés.

Il n'est donc pas douteux que l'ascendant donateur doit obtenir la possession des choses par lui données, si l'enfant donataire absent n'a pas de postérité (art. 747; Nancy, 31 janvier 1832, Baradel, D., 1834, II, 172).

De même, le légataire va obtenir la possession provisoire de l'objet légué (art. 1039); le donataire de biens à venir, la possession des biens donnés (art. 1089). De même du donateur avec stipulation du droit de retour (art. 951); de l'appelé à la substitution (art. 1053); du nu-propriétaire du bien dont l'absent avait l'usufruit (art. 617), etc. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. V, n° 605.)

En un mot, dit l'article 123, « tous ceux qui avaient « sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la « condition de son décès, peuvent les exercer provisoi- « rement.... »

Tout va donc se passer, quant à la distribution des biens qui composent le patrimoine de l'absent, comme si sa succession était ouverte.

72. — Ce nouvel ordre de choses est fondé sur les considérations suivantes :

1° La présomption de décès ayant acquis beaucoup de gravité, il est juste de ne point paralyser plus longtemps l'exercice, provisoire du moins, des droits subordonnés à cette condition, tels que ceux des héritiers légitimes ou des autres successeurs, des légataires, mais surtout l'exercice des droits, qui, bien que subordonnés à la condition du décès de l'absent, sont en outre indépendants de son fait et de sa volonté, comme ceux du donataire de biens à venir (art. 1083), de l'appelé à une substitution (art. 1053), du nu-propriétaire du bien dont il avait l'usufruit (art. 617, 618). Cet intérêt des tiers est, il faut bien le dire, la cause directe et principale qui détermine la mesure de l'envoi en possession.

2° Mais d'ailleurs l'intérêt de l'absent lui-même comme aussi l'intérêt général de la société, se trouve également garanti par cette mesure. Ce qu'il faut en effet pour l'absent, pour la société, c'est que ces biens, qui sont là délaissés, soient administrés le mieux possible et remis dans les mains les plus sûres; or, qui peut, sous tous les rapports, présenter plus de garanties que celui-là même qui, si on n'a pas de nouvelles de l'absent, conservera les biens, et qui dès lors, en les gérant, semble déjà gérer sa propre chose! Qui prendra, par exemple, plus de soin de l'objet légué que le légataire lui-même! (*Supra*, n° 5.)

3° On a d'ailleurs ainsi l'avantage d'établir tout de suite une situation, à laquelle ordinairement il n'y aura plus rien à changer, et qui pourra demeurer définitive, si on n'a pas de nouvelles de l'absent.

4° Toutefois, il faut avouer que ce régime a l'inconvénient très-grave pour l'absent de diviser, de morceler son patrimoine, et de l'éparpiller dans un grand nombre de mains différentes. Mais, ainsi que je l'ai dit, c'est principalement dans l'intérêt des divers ayants droit qui

obtiennent l'envoi provisoire, que cet ordre de choses est établi. Nous verrons néamoins, dans un certain cas, la loi permettre au conjoint de l'absent de prévenir cet inconvénient, en concentrant dans sa main l'administration de tous les biens (*infra*, nos 272 et suiv.).

73. — Après avoir ainsi esquissé à grands traits le caractère général de l'envoi en possession provisoire, il nous faut rechercher plus spécialement :

A. — Par qui il peut être demandé;
B. — Suivant quelles formes;
C. — Au profit de quelles personnes il a lieu;
D. — Quels biens il comprend;
E. — Enfin quels sont ses effets.

A. — *Par qui peut être demandé l'envoi en possession provisoire?*

74. — Régulièrement, le droit de demander l'envoi en possession générale des biens de l'absent appartient d'abord à ses héritiers présomptifs; et c'est ensuite contre eux que doivent être formées les différentes demandes spéciales.

Cette proposition résulte tout à la fois des textes et des principes :

D'une part, l'article 120 attribue, en première ligne, aux héritiers présomptifs la faculté d'obtenir l'envoi en possession; et l'article 123 déclare que c'est lorsqu'ils l'auront obtenu, que les autres droits subordonnés au décès de l'absent pourront aussi être exercés provisoirement;

D'autre part, il était raisonnable de pourvoir, avant tout, à l'administration générale du patrimoine, et d'y préposer des représentants, qui seraient ensuite les contradicteurs légitimes de toutes les prétentions particulières; or, ce rôle et ce droit appartenaient nécessairement aux héritiers (art. 724; Aix, 28 juillet 1807, Carlavan, Sirey, 1808, II, 50).

75. — Supposez pourtant que les héritiers légitimes ne demandent pas, ne veuillent point, par un motif quelconque, demander l'envoi en possession. Est-ce à dire que tous les autres ayants droit seront ainsi tenus en échec par leur inaction? (*Supra* n° 59.)

Une telle conclusion ne serait assurément ni logique ni équitable :

1° Chacun des différents droits, subordonnés au décès de l'absent, existe par lui-même, par sa propre force, et indépendamment du droit des héritiers; il est donc impossible d'en subordonner l'exercice au bon ou au mauvais vouloir de ceux-ci! Est-ce que, par exemple, en cas de décès, le refus d'accepter la succession, ou même la renonciation de la part des héritiers légitimes, arrête l'exercice des autres droits que le décès a ouverts? non sans doute. Eh bien! il n'en saurait être différemment dans notre hypothèse, qui n'est autre chose qu'une sorte d'ouverture provisoire de la succession.

2° Pourquoi d'ailleurs, le plus souvent, l'héritier présomptif n'agira-t-il pas? parce qu'il sera sans intérêt parce qu'il saura qu'un testament le dépouille! Allez plus loin; supposez qu'il possède, de fait, les biens de l'absent, ces biens que précisément l'envoi en possession lui ferait perdre! Ne serait-il pas inique et véritablement déraisonnable, en pareil cas, de laisser les autres droits à la merci des héritiers? Ne devrait-on pas craindre que ces héritiers qui savent que les biens doivent leur échapper, ne les administrent, suivant le mot de Merlin, comme un conquérant administre un pays conquis? (*Rép.*, t. XVI, v° *Absent*, p. 21.)

3° Mais, direz-vous, les articles 120 et 123 sont pourtant formels!

A cette objection, deux réponses : la première, c'est que ces articles, en traçant la marche régulière qui devra être et sera le plus ordinairement suivie, n'ont pourtant rien de si impératif, de si exclusif, qu'ils doivent nous

faire accepter de telles conséquences; et la preuve en est dans l'article 11 de la loi du 13 janvier 1817, relative aux moyens de constater le sort des militaires absents, article très-conforme à la raison et au droit commun. En second lieu, et même en admettant que l'envoi en possession au profit des héritiers soit toujours la condition nécessaire des autres envois particuliers, il y a un moyen de la remplir, c'est de les interpeller et de les mettre en cause au besoin, pour qu'ils aient à demander cet envoi; la condition devra dès lors être réputée accomplie, puisqu'elle n'aura manqué que par la faute de ceux qui étaient obligés de l'accomplir. (L. 161, ff. *de Reg. jur.*; art. 1178 Code Napol.)

Tel est, en effet, dans ce cas, le mode de procéder qui doit être suivi; et le tribunal pourrait, s'il y avait lieu, nommer un curateur pour délivrer aux divers ayants droit les biens en possession desquels ils doivent être envoyés (comp. Orléans, 25 juin 1835, Fleureau, D., 1835, II, 129; Bordeaux, 21 juin 1838, Delage, Dev., 1838, II, 415; Merlin, *Rép.*, t. XVI, p. 20-23; Duranton, t. I, n° 420; Valette sur Proudhon, t. I, p. 269, et p. 296-299; Demante, *Encyclop.*, n° 61, 77-79, et *Cours analyt.*, n° 152 *bis*, I; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 539; Massé et Vergé, t. I, p. 144; de Plasman, p. 124-128).

76. — De ce que je viens de dire, il résulte que, même dès ce moment, la lutte peut s'engager entre les prétentions contraires que l'ouverture de la succession met seule ordinairement en présence.

Les héritiers, par exemple, pourront méconnaître l'écriture d'un testament olographe, ou contester, par tous autres moyens, le titre du légataire (Bordeaux, 21 août 1813, Véry, D., *Rec. alph.*, v° *Absent*, p. 13).

De même, en effet, que des procès peuvent s'élever entre plusieurs prétendants à la succession légitime (*infra*, n° 84), de même entre tous les autres intéressés.

En un mot, la succession est réputée provisoirement ouverte; et, par conséquent, toutes les prétentions rivales qu'elle peut faire naître, sont, par cela même, appelées à se mesurer.

76 *bis*. — La question s'est élevée de savoir si les héritiers présomptifs de l'absent, envoyés en possession provisoire, peuvent exercer le retrait successoral, dans les termes de l'article 841, contre le cessionnaire de l'un de leurs cohéritiers.

Nous allons reconnaître, en effet, que l'un des envoyés provisoires, héritier présomptif, ou légataire soit universel, soit à titre universel, peu importe, peut céder ses droits à l'envoi en possession (*infra*, n° 78; *voy*. aussi *supra*, n° 61).

Eh bien! il s'agit de décider si le cessionnaire de l'un des envoyés provisoires, héritier présomptif ou légataire soit universel, soit à titre universel, peut être écarté par les autres envoyés, héritiers présomptifs ou légataires, soit universels, soit à titre universel, sous la condition, bien entendu, de lui rembourser le prix de la cession.

Pour la négative, on peut raisonner ainsi :

L'article 841, qui autorise le retrait successoral, constitue, dans notre droit moderne, une disposition exceptionnelle et véritablement exorbitante, qui ne saurait s'étendre au delà des termes mêmes de la loi (*voy*. notre *Traité des Successions*, t. IV, n°s 11 et 13);

Or, d'une part, l'article 841 ne s'applique qu'au cas où la succession étant ouverte par la mort prouvée du *de cujus*, l'un des cohéritiers a cédé son droit à une personne qui n'est pas successible; d'autre part, dans le cas d'absence, et pendant la période de l'envoi provisoire, la succession n'est pas ouverte; et il n'y a pas d'héritiers; il n'y a qu'un envoi en possession provisoire, et des envoyés, que la loi considère seulement comme des dépositaires (art. 125);

Donc, il n'est pas possible d'appliquer le retrait succ

cessoral à une telle situation, si différente de celle pour laquelle l'article 841 a été fait.

On ajoute qu'il pourrait arriver que les envoyés provisoires, qui auraient cédé leurs droits avant l'envoi en possession définitive, ne fussent plus les héritiers de l'absent au moment de son décès prouvé ou même au moment de l'envoi en possession définitive; et qu'il résulterait alors du droit d'exercer le retrait successoral, des actions récursoires, que la loi n'a pas pu avoir l'intention d'autoriser.

Telle est la doctrine qui a été consacrée par deux arrêts, d'où il résulte toutefois, en même temps, que le retrait successoral, qui ne pourrait pas être exercé à l'époque de l'envoi provisoire, pourrait être exercé à l'époque de l'envoi définitif. (Comp. Grenoble, 3 juin 1846, Lagouy, Dev., 1847, II, 394; Bordeaux, 23 avril 1856, Lussac, Dev., 1857, II, 27.)

Nous ne nierons pas que cette argumentation ne soit d'une certaine gravité.

Et pourtant, notre avis est que la doctrine qu'on en a déduite, méconnaît les véritables principes, soit en matière d'absence, soit en matière de retrait successoral :

1° Quel a été le but essentiel du législateur, lorsque, dans l'article 841, il a disposé que : « toute personne, « même parente du défunt, qui n'est pas son successible « et à laquelle un cohéritier a cédé son droit à la succes- « sion, peut être écartée du partage, soit par tous les « cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix « de la cession ? »

Le législateur a voulu essentiellement deux choses : d'une part, protéger les familles contre l'intrusion des étrangers qui viendraient indiscrètement s'immiscer dans le secret de leurs affaires; d'autre part, et principalement, les garantir contre la cupidité progressive des acheteurs de ces sortes de droits, dont la présence pourrait être un obstacle aux arrangements qui sont désirables sur toutes les difficultés, que la liquidation d'une suc-

cession fait le plus ordinairement naître (*voy.* notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 10);

Or, l'envoi en possession provisoire offre, de tous points, sous ce rapport, l'image d'une succession ouverte; et les deux considérations capitales, sur lesquelles est fondé l'article 841, se présentent alors avec la même force; le tribunal de Lesparre, dont le jugement a été réformé par l'arrêt précité de la Cour de Bordeaux, remarquait même, non sans raison, qu'il y a plus d'intérêt encore à écarter le non-successible du partage des biens d'un absent, qu'à l'écarter du partage d'une succession, puisque, lorsqu'il s'agit d'un absent qui peut reparaître, il est encore plus important de ne pas laisser des étrangers pénétrer dans le secret de ses affaires; et voilà pourquoi on a même mis en doute si l'envoyé provisoire peut céder son droit à un étranger (*infra*, n° 78);

Donc, les principes et la raison exigent que l'article 841 soit appliqué en matière d'absence; si le législateur ne l'y a pas appliqué lui-même textuellement, c'est qu'à l'époque où fut rédigé ce titre : *des Absents*, il ne savait pas encore si le retrait successoral serait ou ne serait pas admis; c'est aussi sans doute parce que son attention ne s'est point arrêtée spécialement sur ce point, et qu'il n'a pas, il faut bien l'avouer, entrepris toujours de relier formellement entre elles les différentes parties de son œuvre; mais il nous semble que l'on ne saurait, sans l'accuser de contradiction et d'inconséquence, supposer qu'en admettant le retrait successoral contre celui auquel un héritier a cédé son droit à la succession, il ne l'ait pas, du même coup, virtuellement admis contre celui auquel un héritier présomptif envoyé en possession provisoire des biens d'un absent, a cédé son droit à l'envoi provisoire.

2° En effet, l'envoi provisoire met, ainsi que nous venons de le dire, les envoyés, les uns envers les autres, relativement aux biens de l'absent, dans la même posi-

tion que si la succession était ouverte, et que s'ils étaient cohéritiers; c'est ainsi qu'ils peuvent se contraindre réciproquement au rapport, débattre les droits respectifs de chacun, et procéder enfin au partage, avec les mêmes droits réciproques, les uns envers les autres, que s'il s'agissait du partage de la succession (comp. nos 76, 84, 128, 130, 132 et 153);

Or, s'il s'agissait du partage de la succession, chacun des cohéritiers pourrait écarter le cessionnaire d'un cohéritier;

Donc, chacun des envoyés peut écarter du partage des biens de l'absent, le cessionnaire de son co-envoyé.

Cette déduction nous paraît tout à fait logique; et il a fallu, en effet, pour s'y soustraire, que la Cour de Bordeaux décidât que *le partage des biens de l'absent ne doit s'opérer, d'après la loi, que dans la troisième période*.

Mais, précisément, c'est la proposition, qui nous paraît absolument inadmissible (*voy.* les *numéros* ci-dessus cités).

Est-ce que l'article 123 n'appelle pas chacun des cohéritiers, individuellement, dès l'envoi provisoire, à exercer ses droits dans la proportion de sa vocation héréditaire? or, comment chacun d'eux pourrait-il les exercer, dans la proportion de sa vocation héréditaire, s'il n'était pas procédé à un partage? Est-ce que, enfin, le vœu du législateur n'est pas d'établir, dès cette seconde période de l'envoi provisoire, une situation à laquelle il n'y aura plus rien à changer, et qui deviendra définitive, si on n'a pas de nouvelles de l'absent?

Il y a donc lieu au partage des biens de l'absent entre les envoyés provisoires.

Et alors, il est facile de voir que la proposition, qui fait la base de la doctrine consacrée par l'arrêt, va se retourner elle-même directement contre cette doctrine.

L'arrêt, en effet, constate que le cessionnaire des droits de l'un des envoyés en possession pourra être écarté à l'époque de l'envoi en possession définitive, parce que, à cette époque, il y a lieu au partage des biens de l'absent ; c'est-à-dire que l'arrêt constate lui-même qu'il y a lieu, même en matière d'absence, au retrait successoral lorsqu'il y a lieu, entre les envoyés, au partage des biens de l'absent ;

Or, nous croyons avoir démontré qu'il y a lieu au partage des biens de l'absent, dès l'époque de l'envoi provisoire ;

Donc d'après la doctrine même de l'arrêt, c'est dès l'époque de l'envoi provisoire, qu'il y a lieu au retrait successoral.

3° Et cette conclusion, qui est, à notre avis, la seule logique, nous paraît être aussi la seule qui soit véritablement raisonnable.

Nous comprendrions que l'on soutînt qu'il n'y a jamais lieu au retrait successoral en matière d'absence, ni à l'époque de l'envoi provisoire, ni à l'époque de l'envoi définitif, par le motif que le retrait successoral n'est admis qu'au profit des cohéritiers contre le cessionnaire d'un droit à la succession, et qu'il n'y a jamais, à aucune époque de l'absence, ni cohéritiers, ni succession, mais seulement des envois en possession, et des envoyés soit provisoires, soit définitifs.

Cette théorie serait inexacte, suivant nous ; mais enfin, elle serait conséquente avec elle-même.

Mais ce qui nous paraît inadmissible, c'est que l'on refuse d'admettre le retrait successoral, à l'époque de l'envoi provisoire, pour l'admettre ensuite, à l'époque de l'envoi définitif !

Est-ce que, en effet, à cette seconde époque, on pourra dire davantage que la succession est ouverte et que les envoyés, même définitifs, sont héritiers ? non sans doute.

Ce n'est pas tout!

Qui ne voit combien sera tardif et véritablement destitué alors non-seulement de tout motif légitime, mais même de tout prétexte, l'exercice du retrait successoral ainsi ajourné à cette époque lointaine de l'envoi définitif. Comment! après que le cessionnaire aura été admis à toutes les opérations du partage, qui aura été fait à l'époque de l'envoi provisoire, après qu'il aura conservé, pendant toute la durée de l'envoi provisoire, les biens compris dans le lot qui revenait à l'envoyé, son cédant, les autres envoyés pourront, à l'époque de l'envoi définitif, l'écarter, en lui remboursant le prix de la cession!

L'écarter, disons-nous; mais de quoi? si, comme nous le supposons, comme il arrivera presque toujours, le partage a été fait, avec lui, à l'époque de l'envoi provisoire, on ne pourrait plus, bien entendu, l'écarter du partage, puisque le partage est fait, et depuis bien longtemps! il s'agirait donc tout simplement, non pas, en vérité, d'exercer contre lui le retrait successoral, mais de lui prendre son marché, sans autre raison que de le lui prendre, parce qu'il serait bon!

Cette doctrine ne nous paraît donc pas fondée; et nous concluons que l'exercice du retrait successoral pourrait avoir lieu, dès l'époque de l'envoi provisoire, contre le cessionnaire des droits de l'un des envoyés, dans les cas, bien entendu, et sous les conditions que l'article 841 a déterminés pour l'exercice de ce retrait.

Mais, a-t-on dit encore, s'il arrive que l'envoyé provisoire, qui a cédé son droit, ne soit plus héritier de l'absent, à l'époque de son décès prouvé ou de l'envoi en possession définitive, il résultera des actions récursoires de l'exercice qui aura été fait du retrait successoral! Sans doute; mais cet inconvénient est inévitable dans tous les systèmes; et apparemment, le ces-

sionnaire lui-même, s'il n'avait pas été écarté, aurait eu, dans ce cas, un recours contre l'envoyé, son cédant.

77. — Ce sont les héritiers présomptifs de l'absent, au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, qui, régulièrement, ont le droit d'obtenir l'envoi en possession (art. 190); et l'on suit l'ordre réglé au Titre des successions (comp. Duranton, t. I, n° 417).

Il n'en faut pas toutefois conclure que d'autres parents, qui demanderaient l'envoi en possession, devraient être déclarés non recevables, par le motif qu'ils ne seraient pas les plus proches, qu'ils ne seraient pas enfin les héritiers présomptifs au jour des dernières nouvelles (comp. Toullier, t. I, n° 399; de Moly, n°s 413, 414; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 537) :

1° Les héritiers présomptifs ne sont pas alors *saisis de plein droit*, comme dans le cas où la succession est ouverte (art. 724); *ils pourront*, dit au contraire l'article 120, *se faire envoyer en possession*. C'est donc seulement une faculté que la loi leur offre; et il faut qu'ils l'exercent, s'ils veulent en profiter; personne ne peut, d'office, invoquer en leur faveur une préférence qu'ils ne réclament pas eux-mêmes. Que si l'on objecte qu'ils peuvent ignorer l'état des choses, je répondrai qu'ils en seraient informés, au besoin, par les moyens de publicité, qui sont employés pour avertir l'absent lui-même (art. 116, 118).

2° Il peut arriver, en effet, que les héritiers présomptifs, au jour des dernières nouvelles, ne veuillent pas demander l'envoi en possession, croyant qu'il n'est pas de leur avantage de fournir caution, de se rendre comptables, de s'engager enfin dans ces embarras et cette responsabilité, tout cela pour une part de fruits qui, peut-être, d'après l'état de la fortune de l'absent, ne serait pas considérable. Or, dans de telles circonstances, il est juste, il est même désirable, au nom de tous les intérêts, que

leur refus ou leur inaction ne puisse point paralyser les droits de ceux que la loi appelle après eux.

3° Les parents, d'ailleurs, qui ne sont pas héritiers présomptifs au jour des dernières nouvelles, peuvent avoir eux-mêmes un intérêt éventuel à la conservation et à la bonne administration des biens, puisque, après tout, le décès de l'absent n'est pas prouvé, et qu'il serait possible qu'ils fussent les plus proches à l'époque où il serait démontré que ce décès a eu lieu.

Au reste, le parent du degré plus éloigné fera bien d'interpeller le parent plus proche sur le point de savoir s'il entend demander l'envoi en possession (comp. de Plasman, t. I, p. 127).

78. — Les créanciers des héritiers présomptifs ou des autres parties intéressées, qui peuvent demander l'envoi en possession provisoire, ont-ils le droit d'exercer cette action au nom de leur débiteur, en vertu de l'article 1166?

Cette question est difficile et controversée.

Pour la négative, on dit que ce droit est exclusivement attaché à la personne des héritiers présomptifs ou des autres ayants droit:

1° Parce que c'est un mandat (art. 2003), un *dépôt* (art. 125) que la loi confie aux envoyés, au nom de l'absent;

2° Parce que les biens de l'absent ne pouvant pas être aliénés par les envoyés en possession provisoire, ne sauraient être par conséquent le gage de leurs créanciers;

3° Parce qu'enfin l'envoi en possession ne pourrait être accordé aux créanciers que jusqu'à concurrence du montant de leurs créances (art. 788); de telle sorte que le patrimoine de l'absent se trouverait ainsi morcelé, divisé, éparpillé en autant de mains différentes qu'il y aurait de créanciers! Or, une telle conséquence serait essentiellement contraire à la bonne administration du pa-

trimoine et, sous les autres rapports, à l'intérêt de l'absent, qui, lors de son retour, ne saurait plus où retrouver tous ces lambeaux épars de sa fortune (comp. Metz, 7 août 1823, Laurent, Sirey, 1826, II, 99 ; Colmar, 30 août 1837, Keller, Dev., 1837, II, 484; Demante, *Encyclop.*, p. 53, note 2 ; de Plasman, t. II, p. 295 et 301).

Je ne partage point cet avis ; mais avant de dire mes motifs, il me paraît essentiel de préciser les termes de la question.

Le dernier argument de l'opinion contraire supposerait, en effet, que les créanciers des héritiers présomptifs ou autres ayants droit demandent à être envoyés divisément en possession des biens de l'absent, chacun pour une part et une valeur égale au montant de sa créance ! (*Voy.* Duranton, t. I, n° 419.) Or, si telle était leur prétention, je n'hésiterais pas moi-même à croire qu'elle devrait être repoussée par deux raisons : la première, c'est qu'en règle générale, les créanciers ne peuvent pas se payer ainsi en *nature*, et qu'alors même qu'il s'agirait de biens appartenant à leur débiteur, ils n'auraient encore que le droit de les faire saisir et vendre, afin d'être payés sur le prix ; la seconde, c'est que les biens en question n'appartiennent pas à leur débiteur, et qu'il est dès lors de plus en plus impossible qu'ils demandent, de son chef, en payement de leurs créances, des biens dont il ne peut lui-même demander que la possession provisoire, à titre d'administrateur comptable !

Ainsi donc, il ne peut pas être question d'attribuer divisément à chacun des créanciers une part de biens égale au montant de sa créance. L'envoi en possession accordé aux créanciers, agissant au nom de leur débiteur, ne saurait même leur conférer aucun droit spécial, aucune cause de préférence sur ces biens, même à l'égard des créanciers envers lesquels leur débiteur se serait

obligé postérieurement (art. 2092, 2093) ; et comme les fruits, tant qu'ils ne sont pas échus ou perçus, font partie intégrante des biens eux-mêmes, les créanciers envoyés en possession n'auraient non plus aucune préférence, en ce qui les concerne (art. 547 ; comp. Caen, 5 mai 1836, Maheust, Dev., 1836, II, 337).

La question ne peut donc pas être ainsi posée ; et voici, selon moi, ses véritables termes :

Il s'agit de savoir si, en cas d'inaction de la part de l'héritier présomptif ou de tout autre ayant droit d'obtenir l'envoi provisoire, ses créanciers peuvent demander que cet envoi soit prononcé à leur profit, du chef de leur débiteur, en offrant, bien entendu, d'en remplir aussi en son nom les conditions et les charges, c'est-à-dire de fournir caution et de garantir, sous tous les autres rapports, les intérêts de l'absent, comme si l'envoi était prononcé directement au profit de l'héritier présomptif lui-même, ou de tout autre qui avait droit de l'obtenir. L'article 1166, dans son extrême laconisme, n'a pas réglé l'exercice de leur droit, pour ce cas pas plus que pour les autres. Mais il semble naturel que les créanciers offrent au tribunal de faire nommer un curateur, à l'effet d'administrer les biens de l'absent dans l'intérêt commun de tous les ayants droit. Et les créanciers, prenant de telles conclusions, me paraissent devoir réussir. Il ne serait pas juste, en effet, qu'un débiteur insolvable, collusoirement peut-être avec ceux auxquels il laisserait obtenir, à son exclusion, l'envoi provisoire, privât ses créanciers du moyen de se faire payer sur la part de fruits qui devrait lui revenir (art. 127), et même du droit éventuel qu'il peut avoir à la propriété des biens. Les articles 1166 et 1167 ont précisément pour but de protéger les créanciers contre ce danger (art. 788, 1464).

Mais, dit-on, il s'agit ici d'un droit personnel !... Eh! pourquoi donc? D'abord l'envoi en possession n'est pas un dépôt véritable (*infra*, n° 101) ; et ce n'est pas sérieu-

sement qu'on peut dire qu'il est accordé *intuitu personæ!* c'est un droit qui s'ouvre provisoirement par l'absence, comme il s'ouvrirait définitivement par le décès, dans l'intérêt surtout de ceux qui sont appelés à l'exercer.

La faculté de demander l'envoi en possession est si peu attachée à la personne, qu'elle est transmissible héréditairement, et passe dans la succession de ceux auxquels elle appartient, à tous leurs successeurs, quels qu'ils soient, héritiers légitimes ou légataires (comp. Turin, 5 mai 1810, Bonelli, Sirey, 1811, II, 95; Paris, 10 fév. 1813, Blanchet, Sirey, 1813, II, 139; Angers, 28 août 1828, Delaunay, D., 1829, II, 7; Bourges, 2 mars 1831, Roumier, D., 1833, II, 58; Rouen, 7 déc. 1840, la régie des dom., Dev., 1841, II, 209).

La Cour de Bordeaux a de même jugé, et je crois avec raison (21 juin 1838, Delage, Dev., 1838, II, 413), que le cessionnaire des droits de l'héritier présomptif d'un absent pouvait, comme son héritier lui-même, poursuivre l'envoi en possession.

Il est vrai que son arrêt a été cassé (Cass., 21 déc. 1841, Delage, Dev., 1842, I, 167).

Mais c'est surtout par un motif sur lequel je m'expliquerai plus tard (*infra*, n° 131), par le motif que la cession, dans l'espèce, avait été faite seulement pendant la période de présomption d'absence.

De tout ce qui précède je conclus que les créanciers des héritiers présomptifs d'un absent, les créanciers d'un légataire ou de tout autre ayant droit, peuvent, dans les termes que je viens d'exposer, demander l'envoi en possession provisoire au nom de leur débiteur (comp. notre *Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, t. II, n° 63; Colmar, 26 juin 1823, Barxell, Dev., 1837, II, 484; Duranton, t. I, n°s 419 et 439; Demante, t. I, n°s 151 *bis*, III et IV).

B. — *Suivant quelles formes l'envoi en possession provisoire peut-il être demandé?*

79. — L'article 120 semble exiger deux jugements distincts: l'un, qui déclare l'absence; l'autre, qui prononce l'envoi en possession: «.... pourront, en vertu du « jugement qui aura déclaré l'absence, se faire envoyer « en possession.... » (*Voy.* aussi art. 860 Code de procédure.) Tel paraît être en effet l'avis de Locré (sur l'article 120) et de Proudhon (t. I, p. 284).

Toutefois, nous croyons que le but principal de l'article 120 a été de bien faire voir que la déclaration d'absence est, dans tous les cas, la condition préalable sans laquelle aucun envoi ne peut avoir lieu (*supra*, n° 48); mais il ne s'ensuit pas qu'il soit nécessaire d'obtenir deux jugements, si ceux qui poursuivent la déclaration d'absence sont les mêmes qui peuvent dès actuellement obtenir l'envoi en possession, et s'ils prennent des conclusions à cet effet. La nécessité de deux jugements doublerait alors, sans aucun motif, les frais. (Comp. Cass., 17 nov. 1808, Duval, Sirey, 1809, I, 104; Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, t. XVI, sur l'article 120; Toullier, t. I, n° 425; Duranton, t. I, n° 441; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 538; Massé et Vergé, t. I, p. 142; Demante, *Cours analytique*, t. I, n° 151 *bis*, I; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 198.)

80. — D'ailleurs, et s'il y avait effectivement un intervalle entre la déclaration d'absence et l'envoi en possession provisoire, il nous semble que les articles 112 et 114 ne cesseraient pas d'être applicables, et que l'administrateur qui aurait été nommé par le tribunal devrait continuer ses fonctions.

Il n'y aurait donc pas lieu d'assimiler cette situation à celle d'une succession vacante, ni de la régir par les mêmes principes. (Comp. Caen, 3 mars 1828, Guilon,

Sirey, 1830, II, 134; Cass., 18 mars 1829, Ducruet, Sirey, 1829, I, 210.)

81. — Dans cette même hypothèse, c'est-à-dire lorsqu'il s'est écoulé un intervalle entre le jugement de déclaration d'absence et la demande d'envoi en possession, le tribunal pourrait-il, avant de prononcer cet envoi, ordonner une nouvelle enquête ?

Aux termes des articles 120 et 123, les héritiers présomptifs et les autres ayants droit *pourront, en vertu du jugement qui aura déclaré l'absence, se faire envoyer en possession*. Il y a donc là un droit acquis, dont le tribunal ne saurait, sans déni de justice, empêcher ou retarder l'exercice. C'est d'ailleurs avant de déclarer l'absence que l'enquête est seulement nécessaire; or, le jugement de déclaration est rendu; donc, il n'appartient pas aux juges de se montrer plus prévoyants que la loi, et d'imposer aux parties des frais et des lenteurs qu'elle n'a point autorisés.

Ces motifs ne manquent pas de gravité, et pourront porter le tribunal à n'employer, à cette époque si avancée de l'absence, ce moyen d'instruction qu'avec réserve; mais je ne pense pas qu'en droit, on doive leur refuser le pouvoir de le faire.

Tout le régime de l'absence repose sur l'incertitude de la vie, et par conséquent doit s'écrouler dès qu'il y a preuve de l'existence. Or, n'est-il pas logique qu'au moment même où l'on vient lui demander la réalisation d'un effet de l'absence, le tribunal ait le pouvoir de s'éclairer et de juger en connaissance de cause? Cela ne serait-il pas surtout raisonnable dans le cas où des circonstances particulières lui feraient soupçonner qu'on pourra maintenant se procurer des nouvelles de l'absent? (Arg. de l'article 131; Duranton, t. I, p. 144; *voy.* aussi de Plasman, t. I, p. 114.)

C et D. — *Au profit de quelles personnes l'envoi en possession provisoire doit-il avoir lieu? — Et quels biens comprend-il?*

82. — Je réunis à dessein ces deux questions, parce que le même principe doit les résoudre.

La présomption de mort, qui est la base de toutes les mesures dont nous nous occupons ici, remonte, ainsi que je l'ai dit, au jour du dernier signe de vie donné par l'absent, au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles. C'est donc à ce moment qu'est réputée s'être ouverte la succession provisoire que nous avons à régler.

De là deux conséquences :

1° L'une, quant aux personnes au profit desquelles les envois en possession peuvent être prononcés;

2° L'autre, quant aux biens qu'ils doivent comprendre.

83. — Quant aux personnes, c'est à ce moment qu'il faut se reporter pour apprécier les titres des divers prétendants; aussi l'article 120 appelle-t-il les héritiers présomptifs de l'absent au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.

Il est en conséquence nécessaire, mais il suffit d'avoir eu, à cette époque, la capacité de succéder à l'absent; si donc l'héritier le plus proche à cette époque était décédé dans l'intervalle des dernières nouvelles au jugement de déclaration d'absence, il aurait transmis, dans sa propre hérédité et à ses divers successeurs, héritiers légitimes, légataires ou donataires, le droit conditionnel qui lui était acquis de demander l'envoi en possession (art. 724; *supra*, n° 78, les autorités citées sur ce point).

Il faut en dire autant de tous les autres qui ont droit d'être envoyés en possession provisoire : des légataires

de l'absent, des ses donataires de biens à venir, du donateur avec stipulation du droit de retour, etc. Il suffit qu'ils aient survécu à l'époque des dernières nouvelles pour que plus tard leurs propres successeurs puissent demander, de leur chef, l'envoi en possession des choses léguées ou données, etc.

84. — Que s'il s'élève, à cet égard, des difficultés entre les divers prétendants à l'envoi provisoire, entre les parents, par exemple, qui soutiendraient réciproquement, les uns contre les autres, avoir été les héritiers les plus proches de l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles, cette contestation devra être jugée d'après les règles ordinaires du droit commun. Elle n'intéresse pas, en effet, l'absent lui-même, puisqu'il ne s'agit que de savoir au profit desquels, parmi plusieurs prétendants, l'envoi en possession sera prononcé (Cass., 24 nov. 1811, le préfet de la Loire-Inf., Sirey, 1812, I, 83).

85. — Pour savoir quels biens l'envoi en possession doit comprendre, c'est aussi à l'époque de la disparition ou des dernières nouvelles qu'on doit se reporter (art. 120, 135), puisque l'absent étant présumé mort dès cette époque, son patrimoine s'est trouvé ainsi déterminé définitivement. Nous parlerons plus bas des droits éventuels qui peuvent ensuite s'ouvrir à son profit.

Il faut d'ailleurs, bien entendu, considérer comme appartenant déjà à l'absent, au jour de ses dernières nouvelles, le droit qui lui était acquis seulement sous une condition, qui ne se serait réalisée que depuis; car un tel droit n'est pas subordonné à l'existence du stipulant (art. 1179); il est aliénable et transmissible; il est enfin *in bonis*.

Il en serait ainsi même de la simple possession d'une chose que l'absent aurait commencée (*voy.* art. 1402; Duranton, t. I, 448).

86. — Les fruits produits par les biens de l'absent,

depuis sa disparition ou ses dernières nouvelles, sont aussi compris dans l'envoi en possession de ses biens (art. 126).

Mais une difficulté peut s'élever, à cet égard, en ce qui concerne les fruits des choses léguées à titre particulier par l'absent, ou de celles dont il était usufruitier, ou donataire avec clause de droit de retour (art. 951).

Ces fruits devront-ils être accordés aux héritiers légitimes ou autres successeurs universels? ou bien, au contraire, devra-t-on attribuer les fruits de la chose léguée au légataire? ceux de la chose donnée au donateur? ceux de la chose grevée d'usufruit au nu propriétaire?

On pourrait dire, en faveur des successeurs universels, que ces fruits, désormais détachés de l'objet particulier qui les a produits, sont tombés dans la masse des biens, et ont grossi l'universalité du patrimoine; et que, dès lors, ceux qui n'ont que des droits spéciaux sur tel ou tel bien déterminé, sans aucun droit à une partie aliquote de l'universalité, n'y peuvent rien prétendre à aucun titre. Quant aux légataires, on leur opposerait, en outre, l'article 1014, d'après lequel ils n'ont droit aux fruits qu'à compter de leur demande en délivrance. (Comp. Demante, t. I, nos 152 *bis*, VII, et 181 *bis*, I.)

Je ne crois pas néanmoins qu'il en soit ainsi.

La présomption de décès qui ouvre provisoirement la succession remonte au jour des dernières nouvelles (*supra*, n° 12). Tel est le titre commun, le titre réciproque de tous les envoyés, soit universels, soit particuliers, soit généraux, soit spéciaux. Cette présomption doit donc remonter, avec toutes ses conséquences logiques, jusqu'à cette époque; or, si en effet l'absent était décédé à ce moment, les fruits auraient appartenu à chacun de ceux auxquels appartient la chose qui les produit; donc les

fruits de la chose léguée doivent appartenir au légataire, les fruits de la chose grevée d'usufruit au nu propriétaire, etc. Remarquez d'ailleurs que personne n'a pu vraiment les acquérir à leur préjudice, puisque personne n'a possédé pendant la première période, personne, si ce n'est l'absent, qui, précisément, dès la déclaration prononcée, est présumé n'avoir pas survécu à ses dernières nouvelles.

Quant à l'objection de l'article 1014, qui est spéciale au légataire, il me semble que cet article dispose pour l'hypothèse ordinaire du décès, et n'est pas applicable à la situation exceptionnelle où nous sommes, soit parce que l'héritier lui-même, n'ayant pas possédé, n'a pas pu gagner les fruits, soit parce que le légataire était dans l'impossibilité de former alors sa demande en délivrance, et qu'il ne serait pas juste de le priver, dans de telles circonstances, des fruits qui, après tout, lui appartiennent, d'après la volonté du testateur et les principes généraux du droit, puisqu'ils sont les fruits de sa chose.

Je dois dire toutefois que Delvincourt distingue, à cet égard, entre le nu propriétaire du bien dont l'absent avait l'usufruit et les autres ayants droit spéciaux.

« Je regarde, dit-il, le nu propriétaire comme étant dans une catégorie particulière. » (T. I, p. 47, note 12.)

Son droit, certes, est plus ferme et plus certain que celui des héritiers légitimes et des légataires, puisqu'il est indépendant du fait de l'absent; mais il en est ainsi encore du droit du donateur avec stipulation de retour, de l'appelé à une substitution, du donataire de biens à venir; et il n'y a pas de raison suffisante pour mettre, sous ce rapport, le nu propriétaire dans une catégorie spéciale.

87. — Les envoyés spéciaux me paraissent donc avoir droit aux fruits produits, pendant la présomption d'absence, par l'objet particulier dont ils obtiennent la possession provisoire.

Mais comment et à quel titre recevront-ils ces fruits? comme fruits ou comme capital?

Comme fruits? Le texte et les principes s'y opposent. L'article 126 ordonne en effet, sans distinction, l'emploi des *fruits échus;* l'article 127 n'attribue aux envoyés une part de fruits que par suite de leur administration et de leur possession; or ils n'ont pas possédé, ils n'ont pas administré pendant la présomption d'absence; si donc on avait des nouvelles de l'absent, ils ne pourraient rien conserver, absolument rien, de ces fruits. Qu'en conclure? Que ces fruits entrent effectivement dans leurs mains comme un capital accessoire, comme une sorte de dépendance du bien dont l'envoi en possession leur est accordé. Ils ne gagneront donc que les intérêts de ce capital, dans la proportion déterminée par l'article 127.

E. — *Quels sont les effets de l'envoi en possession provisoire?*

88. — Les effets de l'envoi en possession provisoire peuvent être considérés sous trois points de vue :

I. Dans les rapports des envoyés envers l'absent, en cas qu'il reparaisse ou qu'on ait de ses nouvelles;

II. Dans les rapports des envoyés les uns envers les autres;

III. Enfin, dans leurs rapports avec les tiers.

Sans doute les principes qui régissent ces différents rapports ne sont pas, à beaucoup près, indépendants les uns des autres; ils se touchent, au contraire, et se lient par une foule de points. Mais pourtant ils est très-vrai qu'ils peuvent aussi se modifier eu égard aux personnes entre lesquelles il s'agit de les appliquer. Cette division est donc exacte et facilitera d'ailleurs beaucoup le développement scientifique de ce sujet.

I. — Rapports des envoyés provisoires envers l'absent.

89. — Si grave que soit déjà la présomption de mort, elle n'est pourtant toujours qu'une présomption; et il ne serait pas impossible que l'absent reparût ou donnât de ses nouvelles. Il était donc essentiel, dans le règlement de cette situation, de concilier les intérêts de l'absent avec ceux des envoyés, de manière à assurer à l'absent, s'il y avait lieu, la restitution de son patrimoine, tout en laissant aux envoyés une part considérable des fruits.

Tel est le but des dispositions que nous allons exposer, et qu'on peut résumer ainsi :

1° Garanties de restitution, et mesures conservatoires exigées des envoyés dès leur entrée en possession;

2° Limitation de leurs pouvoirs;

3° Attribution aux envoyés d'une partie ou même de la totalité des fruits par eux perçus.

N° 1. — *Garanties de restitution, et mesures conservatoires exigées des envoyés dès leur entrée en possession.*

90. — Les envoyés en possession provisoire doivent :

1° Fournir caution;

2° Faire inventaire du mobilier et des titres de l'absent;

3° Vendre, s'il y a lieu, le mobilier;

4° Faire emploi du prix et des fruits échus;

5° Ils peuvent aussi, pour leur sûreté, faire dresser l'état des immeubles.

Quelques mots sur ces différentes mesures.

91. — 1° *La caution.* Tous les envoyés provisoires doivent la fournir (art. 120, 123, *voy.* aussi 124, *infra*, n° 283);

Sans excepter les enfants de l'absent (Agen, 16 avril 1822, David, Sirey, 1823, II, 65; Merlin, *Rép.*, t. XVI, p. 17);

Et lors même que la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent remonteraient à une époque où la loi alors existante n'imposait pas cette obligation, l'envoi en possession accordé en vertu de la loi actuellement en vigueur ne pouvant être prononcé que sous les conditions que cette loi elle-même y attache (Cass., 29 déc. 1830, Destabo, D., 1831, I, 30; Limoges, 15 fév. 1836, Dubois, Dev., 1836, II, 306; Rouen, 7 déc. 1840, la régie des dom., Dev., 1841, II, 209; Douai, 13 janv. 1865, Jourdain, Dev. 1866, II, 61).

La caution n'étant d'ailleurs exigée que pour l'entrée en possession (art. 120), la simple demande en partage formée par un héritier présomptif, qui ne l'aurait pas encore fournie, ne devrait pas être pour cela déclarée non recevable (Bourges, 26 avril 1843, Fugère, Dev., 1844, I, 24).

92. — Elle sera reçue par le tribunal, en présence du procureur impérial (art. 114 Code Napol., 517 Code de procéd.).

Et il n'appartiendrait pas ensuite aux tiers débiteurs de l'absent de refuser de payer entre les mains des envoyés, sous prétexte de son insuffisance (Douai, 5 mai 1836, Lacroix, Dev., 1836, II, 429; Limoges, 17 déc. 1847, D'Hugonneau, Dev., 1848, II, 528).

La solvabilité de cette caution devra, d'ailleurs, être appréciée eu égard à l'importance et à la nature des biens à garantir; et comme elle est ici exigée par la loi, les articles 2040-2043 seront applicables. (*Voy.* aussi l'article 9 de la loi du 13 janvier 1817, sur les militaires absents.)

93. — Mais que faire si ceux qui demandent l'envoi ne trouvent pas de caution?

Le jugement, dit Merlin, demeure alors sans effet ; et

les choses restent, quant à l'administration des biens de l'absent, dans le même état où elles étaient avant la déclaration d'absence (*Rép.*, t. XVI, art. 120, n° 5).

A. Dalloz (*Dict. rais.*, v° *Absent*, n° 184) approuve cet avis, mais en ajoutant « qu'on pourrait, si la gestion entraînait peu de soins, et si l'héritier était dans le besoin, autoriser en sa faveur la perception de partie des fruits qui devraient appartenir à l'envoyé en possession ; c'est dans son intérêt que la gestion serait aussi censée avoir lieu. L'équité voudrait, en un mot, qu'on prît un tempérament propre à venir au secours de l'homme dans l'indigence auprès des biens qui doivent peut-être un jour lui appartenir. »

M. de Plasman (t. I, p. 194-196) critique cette conciliation de Dalloz, et, se rangeant à l'avis de Merlin, considère aussi la caution comme la condition absolue et *sine qua non* de l'envoi provisoire.

Pour moi, je regarde aussi comme arbitraire le tempérament proposé par A. Dalloz eu égard à l'indigence de l'ayant droit ; mais je pense qu'il y a lieu, dans tous les cas, d'appliquer ici les articles 602 et 603. Ce que la loi exige, en effet, et ce qui est vraiment indispensable, c'est que le patrimoine de l'absent soit garanti. Le moyen ordinaire sans doute est la caution ; mais pourtant, à défaut de caution, on reçoit un gage, une hypothèque (art. 2041 ; art. 9 de la loi du 13 janvier 1817 ; Duranton, t. I, n° 473). Eh bien ! pourquoi donc, à défaut de gage ou d'hypothèque, n'aurait-on pas recours aux dispositions des articles 602 et 603 ? Qu'importe, à cet égard, le moyen, quand le but est rempli !

N'oublions pas, en effet, que c'est surtout et principalement dans l'intérêt des envoyés que l'envoi est prononcé ; or il ne serait pas juste de priver de cet avantage celui qui n'a pas pu trouver de caution, et qui dès lors a probablement plus besoin que tout autre des secours que cet envoi lui apportera ? Cela surtout ne serait pas juste

à l'égard de ceux dont les droits, bien que subordonnés au décès de l'absent, sont néanmoins indépendants de son fait, tels que ceux de l'appelé à la substitution dont il était grevé, du nu propriétaire du bien dont il avait l'usufruit. Ceux-là, en effet, réclament véritablement la possession de leur propre chose ; et il serait bien difficile de leur refuser l'application des articles 602 et 603; or les textes sont les mêmes à l'égard de tous les ayants droit ; donc il faut aussi leur appliquer les mêmes articles à tous sans distinction (Delvincourt, t. I, p. 46, note 9; Zachariæ, t. I, p. 298, note 6).

94. — 2° *L'inventaire.* Il faut bien effectivement constater ce que les envoyés vont recueillir, pour savoir ce qu'ils seront obligés de rendre, s'il y a lieu. Ils doivent donc faire l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent, en présence du procureur impérial ou d'un juge de paix requis par ce magistrat, et qui représente l'absent dans cette opération (art. 126).

95. — 3° *Vente du mobilier.* Le tribunal, dit l'article 126, ordonnera, s'il y a lieu, de vendre tout ou partie du mobilier. Tout dépend donc des circonstances ; c'est qu'en effet, l'intérêt de l'absent et celui des envoyés peuvent être, en cette occasion surtout, très-souvent opposés.

Dans certains cas, à ne consulter que l'intérêt de l'absent, il conviendrait de vendre, pour les convertir en un capital productif d'intérêts et qui serait conservé, des meubles stériles, sujets à dépérissement, et dont, à son retour, l'absent ne trouverait plus que des débris. Supposez, au contraire, des livres, des tableaux d'un grand prix, que l'absent ne pourrait pas, le plus souvent, remplacer. Il vaudrait mieux alors pour lui les conserver, tandis qu'il conviendrait aux envoyés de vendre ces meubles pour eux inutiles, afin de profiter des intérêts du capital qu'ils produiraient.

La loi ne pouvait donc, sur ce point, que s'en rap-

porter à la sagesse du tribunal (*voy.* aussi art. 452), qui aura tout à la fois égard à la nature des meubles et à la qualité des envoyés en possession, et sera naturellement disposé sans doute à laisser la jouissance en nature aux enfants de l'absent plutôt qu'à des collatéraux éloignés, au nu propriétaire, qui ne peut pas être forcé de vendre sa propre chose, plutôt qu'au légataire, qui ne tient son droit que de la libéralité de l'absent.

On ne saurait ici rien dire d'absolu; il est certain pourtant qu'il faut, autant que possible, assurer à l'absent la conservation de la substance même de sa chose, du fonds, du capital; et, par conséquent, il convient, en règle générale, d'ordonner la vente non-seulement des denrées qui ne pourraient pas du tout être conservées, mais aussi du mobilier, qui dépérit par l'usage et par le seul effet du temps, des chevaux, des voitures, etc. Les envoyés, en effet, ne sont pas des usufruitiers, et ne peuvent pas, bien entendu, invoquer la disposition de l'article 589.

95 *bis*. — Les envoyés, disons-nous, ne sont pas des usufruitiers.

En faut-il conclure qu'ils doivent être soumis à une indemnité, à raison de l'usage qu'ils feraient des meubles qui auraient été conservés en nature ?

L'affirmative est enseignée par Demante en ces termes :

« Le principe de leur droit à cet usage n'étant que dans leur droit à la jouissance, il sera juste, quand ils devront rendre une portion des fruits, de les soumettre, dans la même proportion, à indemnité pour l'usage. Voici, à cet égard, ma pensée : D'abord, je crois que les meubles non vendus doivent être estimés, et que les envoyés en possession devront l'estimation de ceux qu'ils ne représenteraient pas en nature (arg. de l'article 453 ; *voy.* aussi l'article 943 du Code de procéd.). Cela posé, l'usage en nature représentant l'intérêt du

prix de l'estimation, je crois, soit qu'ils restituent les meubles en nature, soit qu'ils en payent l'estimation, qu'ils doivent tenir compte de l'intérêt de cette estimation dans la proportion applicable aux fruits des autres biens, sans préjudice, bien entendu, de l'indemnité dont ils seraient tenus si les détériorations provenaient de leur dol ou de leur faute. » (T. I, n° 155 *bis*, II.)

Que ceux des meubles qui ne sont pas vendus doivent être estimés, nous le croyons aussi.

Mais il nous paraîtrait difficile de poser en principe que les envoyés doivent les intérêts de cette estimation, dans une proportion quelconque, à titre d'indemnité pour l'usage des meubles non vendus. Il nous semble, en effet, que l'article 127, lorsqu'il oblige les envoyés à restituer les *revenus*, dans une certaine proportion, suppose qu'il s'agit des choses *frugifères*, et qui ont produit des revenus. Sans doute, si l'envoyé jouit par lui-même d'une chose d'ailleurs frugifère, l'article 127 lui sera applicable, comme, par exemple, s'il cultive la ferme, s'il habite la maison, s'il exploite le troupeau, au lieu de les louer.

Mais supposons qu'il s'agit de tableaux qu'il a placés dans ses appartements, de pendules qu'il a mises sur ses cheminées : est-ce qu'il devra un intérêt quelconque de l'estimation, à titre d'usage et de loyer de ces objets ? Nous ne le croyons pas. Mais, dira-t-on, si ces objets pourtant se détériorent par l'usage, comme serait, par exemple, une bibliothèque, n'est-il pas juste que l'envoyé qui ne se conduit pas seulement comme un dépositaire (art. 125), mais qui en use, paye une indemnité à raison de cet usage ? Il nous paraîtrait, même dans ce cas, fort douteux que l'on dût l'y soumettre, la loi paraissant indiquer la vente des meubles comme le seul remède à cet inconvénient.

96. — Suivant quelles formes la vente du mobilier doit-elle avoir lieu ?

Dirons-nous, avec Delvincourt (t. I, p. 274, note 10): Les absents, pendant les deux premières périodes, sont à peu près assimilés aux mineurs; or la vente du mobilier des mineurs ne peut se faire qu'aux enchères, après affiches et publications (art. 452); donc telle doit être aussi la forme à suivre pour la vente du mobilier des absents, qu'il faut également protéger contre toute espèce de fraude ou de négligence.

Cette argumentation est, à notre avis, trop absolue: aucun texte n'exige nécessairement l'emploi de ces formes dans notre hypothèse; l'article 126, en décidant seulement que le tribunal ordonnera, s'il y a lieu, cette vente, paraît même s'en rapporter à sa prudence du soin de déterminer en même temps si la vente sera faite et suivant quelles formes. Cette garantie est, en effet, suffisante; et elle a de plus l'avantage d'épargner à l'absent et aux envoyés les frais des ventes judiciaires. Le tribunal se décidera d'ailleurs eu égard aux circonstances, à l'importance et à la nature du mobilier, et à la qualité des envoyés en possession (Locré, sur l'article 126; Duranton, t. I, n° 478).

97. — 4° *Emploi du prix ainsi que des fruits échus.* La loi qui ordonne cet emploi (art. 126) n'en détermine ni le mode ni l'époque.

Quant au délai dans lequel il devra être fait, il serait raisonnable d'appliquer ici, par analogie, les articles 1065, 1066, et de décider que l'envoyé devra faire emploi, dans le délai de six mois, du prix provenant de la vente des meubles, des fruits échus, et aussi du numéraire trouvé chez l'absent (*voy.* encore art. 455), et qu'il aura trois mois pour les capitaux remboursés pendant la durée de l'envoi en possession, dont il a pu prévoir l'échéance et chercher d'avance le nouveau placement.

Toutefois, le texte n'étant pas ici directement applicable, c'est encore au tribunal qu'il appartient de décider, en fait, s'il y a eu retard ou négligence de la part

de l'envoyé, qui est d'ailleurs stimulé dans ce cas par son propre intérêt, puisqu'il a une part dans les fruits (art. 127; comp. Orléans, 22 nov. 1850, Marcheix, Dev., 1851, II, 553; Talandier, p. 203; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 51).

Ces observations s'appliquent également au mode d'emploi; les envoyés feront bien aussi le plus souvent d'observer le mode indiqué par l'article 1067; mais aucun texte ne leur impose, à cet égard, d'obligation précise. C'est donc sous leur responsabilité qu'ils devront faire le placement le meilleur et le plus sûr. C'est ainsi qu'ils peuvent de préférence employer les capitaux à éteindre les dettes passives, surtout si elles portent intérêt. Nous verrons, au reste, plus bas (n° 109) aux risques de qui sont les sommes placées par les envoyés.

98. — 5° *Visite et état des immeubles.*

« Ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire pour-
« ront requérir, pour leur sûreté, qu'il soit procédé,
« par un expert nommé par le tribunal, à la visite des
« immeubles, à l'effet d'en constater l'état; son rapport
« sera homologué en présence du procureur impérial. »
(Art. 126.)

La visite des immeubles est donc seulement facultative; c'est pour leur sûreté que les envoyés peuvent en faire dresser l'état : d'où l'on conclut que, faute par eux d'avoir pris cette précaution, ils sont présumés les avoir reçus en bon état, par application des articles 1730 et 1731. (Comp. Proudhon, t. I, p. 286; Toullier, t. I, n° 430; Duranton, t. I, n° 474; Demante, *Cours analyt.*, t. I, n° 155; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 540; Massé et Vergé, t. I, p. 148.)

Cette conclusion est, en effet, généralement exacte; et je pense aussi que telle est l'intention de notre texte, lorsqu'il indique seulement cette précaution aux envoyés dans leur propre intérêt.

Je ferai pourtant remarquer que l'application de l'ar-

ticle 1731 à notre hypothèse ne repose pas sur une base tout à fait rationnelle : l'article 1731 n'est effectivement que la conséquence de l'article 1720, d'après lequel le bailleur est tenu de livrer la chose en bon état de réparations locatives : d'où il résulte logiquement alors que le preneur est présumé l'avoir reçue telle, s'il n'a pas fait constater le contraire. Mais l'envoyé, lui, prend la chose comme elle est, bien ou mal; il en est ainsi de l'usufruitier (art. 600), qui doit aussi toutefois faire dresser un état des immeubles.

Quoi qu'il en soit, l'envoyé provisoire et aussi l'usufruitier devraient s'imputer de n'avoir pas fait dresser ce procès-verbal, et la preuve du mauvais état des immeubles serait dès lors à leur charge. (*Voy.* notre *Traité de la Distinction des biens, de la Propriété, de l'Usufruit,* etc., t. II, n° 479.)

99. — Par qui doivent être supportés les frais auxquels donnent lieu toutes les mesures que nous venons d'exposer, à partir de la déclaration d'absence jusqu'à l'envoi en possession?

C'est par l'envoyé, dit-on, d'abord parce qu'ils ont lieu dans son intérêt surtout; ensuite, parce qu'il reçoit précisément, à titre d'indemnité, une part considérable des fruits (Colmar, 4 mai 1815, de La Côte, Sirey, 1816, II, p. 38; Merlin, *Rép.*, t. XVI, p. 26).

Une autre opinion partage ces frais entre l'absent et les envoyés, parce que la déclaration d'absence et l'envoi en possession sont également dans l'intérêt des deux parties (de Plasman, t. I, p. 215-218; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 151). Tel est à peu près aussi le sentiment de M. de Moly (n°s 431-432), qui met les frais du jugement de déclaration à la charge de l'absent, et ceux de l'envoi en possession à la charge de l'envoyé.

Je crois, pour mon compte, que ces frais doivent être supportés par l'absent.

La preuve n'en résulte-t-elle pas de l'article 126, qui déclare qu'on prendra sur les biens de l'absent les frais de la visite des immeubles? Si la loi, en effet, met au compte de l'absent cette dépense, qui n'est faite que dans l'intérêt de l'envoyé, comment serait-il possible de faire supporter à celui-ci les autres frais, qui ont lieu aussi dans l'intérêt de l'absent lui-même? Cette solution paraît d'ailleurs conforme aux règles générales du droit; la mission des envoyés emprunte tout à la fois ses caractères au mandat, à la tutelle, à la gestion d'affaires. Or, à aucun de ces titres, l'envoyé ne doit rien mettre *de suo* (art. 471, 1375, 1999). On dit que cette administration a lieu aussi, et principalement même, dans leur intérêt! Sans doute; mais il ne faut pas retourner contre eux ce que la loi fait en leur faveur (*voy.* encore art. 810). Ajoutez enfin que, s'il en était autrement, il pourrait arriver que les envoyés fussent constitués en perte sur leurs propres biens, dans le cas où l'absent reparaîtrait peu de temps après l'envoi prononcé et avant que les envoyés eussent encore pu recueillir aucuns fruits (Delvincourt, t. I, p. 48, note 8; Duranton, t. I, n° 476; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 548-549).

N° 2. — *Limitation des pouvoirs des envoyés en possession provisoire.*

100. — La loi, il faut bien le dire, n'a pas réglé d'une manière complète et précise les pouvoirs des envoyés en possession. Déjà nous avons vu qu'elle ne prescrit rien sur le mode de vente du mobilier (*supra*, n° 96), sur le mode et l'époque de l'emploi des fonds (n° 97); de même elle ne détermine pas ici nettement ce qui leur est permis et ce qui leur est défendu, et quelles formes ils doivent, suivant les différents cas, observer.

Il faut donc interroger les principes généraux sur les situations plus ou moins analogues que le droit nous pré-

sente; or, ainsi que je l'ai dit, l'administration confiée aux envoyés provisoires participe tout à la fois des règles du mandat, de la tutelle et de la gestion d'affaires; on pourra donc souvent recourir aux règles qui gouvernent ces différentes gestions.

101. — L'article 125 appelle aussi la possession provisoire *un dépôt.*

Mais cette qualification ne doit pas être ici prise à la lettre; car le dépôt véritable ne s'applique qu'aux choses mobilières (art. 1918), et l'envoi en possession provisoire comprend même les immeubles; car le dépôt véritable est essentiellement gratuit (art. 1917), et les envoyés ont une part dans les fruits (art. 127); car enfin le dépôt véritable n'emporte que l'obligation de garder et de restituer la chose en nature (art. 1915), et les envoyés sont chargés d'administrer et ne rendent pas toujours identiquement les mêmes biens qu'ils ont reçus.

Ce mot n'est donc pas employé par l'article 125 dans son acception rigoureuse et technique; néanmoins, puisque la loi, après tout, s'en est servie, il faut en conclure que si les envoyés étaient condamnés par corps à des dommages-intérêts envers l'absent (art. 126 Code de procéd.), ils ne pourraient pas invoquer le bénéfice de cession (comp. art. 1945 Code Napoléon, et 905 Code de procéd.); cette conséquence paraît conforme à la pensée de la loi, qui explique elle-même le sens intentionnel de ce mot *dépôt,* en ajoutant « qu'il rend les envoyés comptables envers l'absent, en cas qu'il reparaisse ou qu'on ait de ses nouvelles ». (Comp. Duranton, t. I, n° 488; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 539; *voy.* aussi de Plasman, t. I, p. 134.)

102. — D'ailleurs, et en ce qui concerne l'appréciation des fautes qui pourront engager la responsabilité personnelle des envoyés, plusieurs considérations devront être combinées.

1° Leur gestion n'est pas forcée, comme celle du tuteur, mais libre et spontanée, comme celle des mandataires ou des gérants d'affaires.

2° Elle n'est pas non plus gratuite : une part considérable de fruits en est la récompense; et ces deux motifs pourraient d'abord disposer contre eux les magistrats à quelque sévérité (Talandier, p. 204).

Mais 3° il importe de se souvenir que l'envoi en possession est prononcé dans l'intérêt commun des envoyés et de l'absent, et même principalement dans l'intérêt des envoyés, et qu'il ne faut pas dès lors leur tendre ainsi un piége. Il convient donc de ne pas, en général, exiger d'eux plus de soins dans la gestion des biens de l'absent qu'un père de famille d'une prudence commune n'en apporte à ses biens personnels. (Comp. art. 450, 804, 1137, 1928, 1992.)

On comprend, du reste, que c'est là uniquement une question de fait à décider, par les magistrats, d'après les circonstances de chaque espèce. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 540; Massé et Vergé, t. I, p. 147.)

103. — Les envoyés provisoires sont donc chargés de l'administration des biens (art. 120, 125.)

Administrer, tel est le but principal de leur mission.

De là les deux règles suivantes :

1° Il peuvent faire seuls, et même ils doivent faire tous les actes d'administration;

2° Ils ne peuvent pas faire seuls, et sans l'emploi de certaines formalités, les actes de disposition ou d'aliénation.

Je reprends rapidement ces deux règles.

104. — Je dis d'abord que les envoyés provisoires peuvent et doivent faire seuls tous les actes d'administration.

Ils doivent donc entretenir les biens et y faire faire toutes les réparations, depuis les plus petites jusqu'aux plus grandes; nous verrons plus tard (*infra*, n° 127) qui

en payera les frais; mais lors même qu'il s'agirait d'une réparation qui ne devrait pas demeurer à leur charge, ils n'en sont pas moins toujours tenus, sous leur responsabilité, d'y pourvoir.

105. — Ils peuvent passer les baux de tous les biens, maisons et fermes. Ils feront sagement de se conformer, pour la durée et pour l'époque des renouvellements, aux règles généralement tracées à ceux qui passent des baux comme administrateurs du bien d'autrui, au tuteur (art. 1718), au mari (art. 1429, 1430), et même aussi à l'usufruitier (art. 595).

Mais en résulte-t-il nécessairement qu'un bail de plus de neuf ans ne serait pas obligatoire pour l'absent de retour ou pour ses héritiers, si les envoyés n'étaient pas les parents les plus proches au jour du décès prouvé ?

Cette conclusion de Duranton (t. I, n° 490) me semble trop absolue.

Aucun texte, en effet, n'applique aux envoyés la règle consacrée par les articles cités plus haut. A la vérité, simples administrateurs qu'ils sont, et ne pouvant pas aliéner (art. 128), ils ne doivent faire les baux que suivant les conditions ordinaires et usitées dans les contrats de ce genre. Mais, en l'absence d'un texte spécial, la question ne saurait être décidée qu'en fait et d'après les circonstances; et si, dans l'espèce, le bail, même excédant neuf ans, avait été fait de bonne foi, si des motifs légitimes expliquaient cette plus longue durée, je pense que les magistrats devraient le maintenir (arg. de l'article 1673). Tel est l'avis de Proudhon (*Traité de l'Usuf.*, t. I, n° 52) et de Zachariæ (t. I, p. 304), qui même va plus loin encore, et même trop loin, suivant moi, en attribuant d'une manière absolue aux envoyés provisoires le droit de passer des baux de plus de neuf ans. (Comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. V, n° 566; *voy.* aussi Cass., 7 février 1865, Fournier,

Dev., 1865, I, 57; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 542; Duvergier, *du Louage*, n° 40.)

106. — Les envoyés provisoires peuvent recevoir les capitaux, les remboursements de rentes, et en donner par conséquent valable décharge aux débiteurs.

Ce sont là des actes d'administration importants sans doute, mais nécessaires; et ce n'est pas en vain d'ailleurs que la caution est exigée; aussi doivent-ils poursuivre les débiteurs, sous peine, en cas de négligence, de répondre de leur insolvabilité.

107. — Si donc ils doivent eux-mêmes à l'absent des sommes exigibles, ils sont tenus d'en opérer le versement à son compte : *a semetipso cur non exegerit, ei imputabitur* (L. 6, § 12, ff., *de Negot. gest.*).

Que s'ils étaient créanciers, ils auraient aussi le droit de se payer; et ils devraient même le faire si la dette portait des intérêts onéreux pour l'absent.

108. — A cet égard, et en ce qui concerne les actions que les envoyés eux-mêmes pourraient avoir à exercer contre l'absent, la loi n'a indiqué aucune règle. Il nous semble qu'il y aurait lieu de faire nommer un curateur, contre lequel leur demande serait dirigée. Telle est la marche tracée à l'héritier bénéficiaire (art. 996 Code de procéd.); et l'analogie est exacte (Colmar, 14 juillet 1837, Minist. publ., Dev., 1841, II, 116; *voy.* aussi Cass., 6 déc. 1836, de La Rochejaquelein, Dev., 1837, I, 171).

Ce mode de procéder nous paraît toujours bon à suivre, lors même que l'envoyé serait créancier de sommes exigibles et qu'il y aurait du numéraire dans le patrimoine de l'absent. La nomination d'un curateur, chargé de vérifier sa créance et d'en constater le payement, préviendrait dans l'avenir toute contestation soit de la part de l'absent, soit de la part de ses autres créanciers (*voy.* aussi *infra*, n° 116).

109. — Les envoyés provisoires sont chargés de pla-

cer les fonds; et ils doivent le faire dans un délai raisonnable, sous peine d'être présumés les avoir employés exclusivement à leur profit (*supra*, n° 97).

Mais aux risques de qui sont les sommes placées par les envoyés?

Je pense qu'il faut distinguer.

Si le placement a été fait par l'envoyé en son propre nom, il en est responsable dans tous les cas, lors même qu'il n'y aurait point eu de sa part d'imprudence. C'est qu'alors il a agi pour son compte; il s'est fait ainsi lui-même l'emprunteur des deniers de l'absent.

Si, au contraire, il a placé les fonds en sa qualité d'envoyé, agissant au nom de l'absent, comme il doit agir suivant les règles du droit et aussi de la prudence, alors il ne serait responsable qu'autant que le tribunal déclarerait, en fait, qu'il doit l'être. La question dépendrait des circonstances, de l'importance de la somme, du mode de placement, des causes de l'insolvabilité du débiteur, et de toute la conduite enfin de l'envoyé dans cette occasion (*supra*, n° 102).

110. — Les envoyés provisoires doivent encore, comme administrateurs, défendre à toutes les demandes dirigées contre l'absent (art. 134).

L'article 817 leur accorde même le droit de provoquer seuls l'action en partage. Mais nous allons revenir sur ce point (*infra*, n° 114).

111. — J'ai dit, en second lieu, que les envoyés provisoires, n'étant qu'administrateurs, ne peuvent pas, en général, faire des actes de disposition et d'aliénation.

L'article 128 porte, en effet, qu'ils ne peuvent aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent. (Joign. art. 1988, 2124.)

Telle est la règle.

Mais pourtant, si l'hypothèque, si l'aliénation, étaient commandées par la nécessité, ou seulement présentaient

un grand avantage, est-ce à dire qu'elles ne pourraient pas, même dans ce cas, avoir lieu?

L'envoyé pourrait sans doute alors vendre ou hypothéquer, soit comme gérant d'affaires (art. 1375), soit en se portant fort pour l'absent (art. 1120) ; et nous croyons que, dans ces deux cas, la vente et l'hypothèque auraient été valablement consenties *ab initio*, si l'affaire avait été bien gérée, ou si l'absent de retour ratifiait. Mais ce moyen ne serait pas toujours suffisant : d'abord, il est possible que l'envoyé, bien qu'il s'agisse, pour ainsi dire, déjà de sa propre affaire, ne veuille point engager ainsi sa responsabilité personnelle envers les tiers ; en second lieu, les tiers eux-mêmes ne voudraient pas le plus souvent d'un contrat exposé à toutes les difficultés que soulèvent les promesses ou les stipulations pour autrui (art. 1119), et subordonné d'ailleurs à la ratification de l'absent, si l'envoyé s'était porté fort pour lui, ou à l'utilité de la gestion, si l'envoyé avait traité comme gérant d'affaires (art. 1120, 1375).

Il serait donc très-désirable, puisqu'après tout il s'agit de l'intérêt même du patrimoine de l'absent, que l'hypothèque ou la vente pussent être consenties d'une manière plus sûre et par cela même plus avantageuse ; et nous arrivons ainsi à demander si le tribunal ne pourrait pas donner à cet effet l'autorisation ?

Je n'hésite pas à le croire; et voici mes motifs :

1° L'article 2126 est ainsi conçu :

« Les biens des mineurs, des interdits, et *ceux des* « *absents, tant que la possession n'en est déférée que pro-* « *visoirement*, ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et dans les formes établies par la loi, ou en « vertu de jugements. »

En vertu de jugements!... quel peut être le but de ces mots, si ce n'est de permettre, avec autorisation de justice, l'hypothèque conventionnelle des biens de l'ab-

sent? Ils ne sauraient, en effet, s'appliquer aux hypothèques judiciaires : d'abord, parce qu'il était évident que l'hypothèque judiciaire frappe les immeubles de l'absent comme ceux de tous les autres contre lesquels une condamnation est rendue; et cela n'avait pas besoin d'être dit (art. 2123); ensuite, parce que l'article 2126 se trouve, en effet, placé dans la section relative aux hypothèques conventionnelles; or, si le tribunal peut autoriser l'hypothèque, il est raisonnable que, suivant les cas, il puisse autoriser aussi l'aliénation.

Aussi la loi belge du 16 décembre 1851, sur les priviléges et hypothèques, a-t-elle expliqué le vrai sens de l'article 2126, en substituant à la rédaction de notre Code la rédaction nouvelle que voici :

« L'hypothèque des biens des absents, tant que la « possession n'en est déférée que provisoirement, est « soumise aux formalités prescrites pour les mineurs et « les interdits. » (Comp. Martou, *des Privil. et hypoth.*, t. III, n° 77.)

2° D'après l'article 112, le tribunal, même pendant la période de présomption d'absence, peut ordonner les mesures qu'il croit nécessaires; il pourrait donc ordonner l'hypothèque et même aussi la vente, si la situation l'exigeait; or comment refuser au tribunal, dans la seconde période, un pouvoir qui lui appartient déjà dans la première?

3° Enfin, ce serait une protection très-peu intelligente que celle qui, dans l'intérêt de l'absent, défendrait d'une manière absolue, et quand même! toute hypothèque, toute aliénation; et la loi, en effet, ne pousse pas jusqu'à cet aveuglement l'esprit de conservation. (Comp. art. 457, 1554, 1558, 1559.) On ne doit donc pas penser qu'elle se soit montrée plus sévère, ou plutôt moins prévoyante et moins éclairée, en ce qui concerne les immeubles des absents, ces immeubles d'ailleurs sur lesquels les envoyés qui sollicitent l'hypothèque ou l'aliénation ont

eux-mêmes des droits, j'allais presque dire déjà ouverts!

Le tribunal, en autorisant la vente ou l'hypothèque, en déterminera d'ailleurs les conditions; et l'aliénation ne devrait être permise que suivant les formes prescrites pour l'aliénation des immeubles des mineurs, ou des successions vacantes ou bénéficiaires. (Comp. Proudhon et Valette, t. I, p. 286; Duranton, t. I, n° 484; Demante, *Encyclop.*, n° 88, et *Cours analyt.*, t. I, n° 167 *bis*; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 543; Massé et Vergé, t. I, p. 148; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 209; de Moly, n° 477.)

112. — L'article 128 ne parle que des immeubles.

Mais les meubles?... Les envoyés provisoires peuvent-ils seuls et sans formalités les aliéner?

Pour l'affirmative, on raisonne ainsi : 1° L'article 128 ne défend d'aliéner que les immeubles; donc il autorise implicitement l'aliénation des meubles : *qui dicit de uno, negat de altero; inclusio unius est alterius exclusio;* 2° il est vrai que les envoyés ne sont qu'administrateurs; mais cette qualité n'est pas une objection quand il ne s'agit que de la vente du mobilier, qui rentre en effet dans les limites d'une administration étendue (l. 22, Code de *Adm. tut.*); 3° enfin, de ce que l'article 126 porte que le tribunal pourra ordonner la vente du mobilier dès le début de l'envoi provisoire, il ne s'ensuit pas que les envoyés ne puissent pas l'aliéner pendant le cours et dans l'exercice même de leur gestion. (Comp. Paris, 27 avril 1814, Pichon, Sirey, 1814, II, 355; Merlin, *Rép.*, t. XVI, p. 24; de Moly, n° 472; *voy.* aussi la discussion qui précède l'arrêt de la cour de Colmar du 30 août 1837, Dev., 1837, II, 484.)

Zachariæ (t. I, p. 304), appliquant ces principes aux meubles même incorporels, autorise en conséquence les envoyés à transporter les créances par voie de cession.

Ce système me paraît trop absolu; et je pense que, pour bien résoudre les difficultés qui peuvent s'élever à cet égard, il importe d'abord de distinguer entre les meubles corporels et les meubles incorporels.

La vente des meubles corporels faite par l'envoyé sera presque toujours inattaquable à l'égard des tiers, par suite de la maxime : *En fait de meubles, possession vaut titre* (art. 2279); il faudrait, pour qu'il en fût autrement, que la mauvaise foi du tiers fût prouvée (art. 1141). Il n'y aura donc lieu le plus souvent, sur ce point, qu'à une question de responsabilité de la part de l'envoyé envers l'absent.

MM. Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. I, p. 540-541) remarquent que l'article 126 paraît avoir pour objet de prévenir toute discussion à cet égard, en mettant entièrement à couvert la responsabilité des envoyés provisoires qui se sont conformés à sa disposition.

Tel est, en effet, le but de l'article 126. Mais il en résulte encore par cela même une autre conséquence importante : c'est que le tribunal, s'il a ordonné seulement la vente d'une partie du mobilier, a ainsi ordonné implicitement la conservation du reste; et voilà, selon moi, ce qui explique pourquoi l'article 128 n'a ensuite parlé que des immeubles.

J'en conclus donc que les envoyés ne peuvent en général aliéner le mobilier même corporel, à moins toutefois que cette aliénation ne pût être considérée de leur part comme un acte d'administration, comme, par exemple, la vente des fruits, ou même encore de certains meubles dont le tribunal n'aurait pas d'abord ordonné la vente, mais qui viendraient ensuite à dépérir ou à se déprécier.

Mais si, au contraire, ils aliénaient des tableaux de prix, des bijoux, des livres, dont le tribunal n'avait pas autorisé la vente, s'ils les aliénaient afin de changer ces valeurs stériles en un capital productif, ils engageraient certainement leur responsabilité envers l'absent.

Le mieux donc et le plus sûr, c'est de demander l'autorisation du tribunal, même pour la vente des meubles corporels, surtout de ceux dont il n'avait pas d'abord ordonné la vente. On ne voit pas, en effet, pourquoi cette garantie ne serait pas exigée pendant la durée de l'envoi aussi bien que dans le principe. (Comp. de Plasman, p. 147-154.)

113. — Quant aux meubles incorporels, aux créances, aux rentes, etc., la question est encore plus délicate; et trois solutions peuvent être proposées :

A. — La première consiste à dire que les envoyés provisoires ne peuvent pas aliéner les meubles incorporels, céder ou transporter les rentes, les créances, etc. Ce serait là, en effet, une aliénation; or ils ne sont que dépositaires et administrateurs (art. 125, 1988). Autre chose est de recevoir le payement d'une créance active (*supra*, n° 106), autre chose de transporter cette créance à un tiers; et, dans ce cas, l'aliénation serait nulle, même à l'égard des tiers; car la règle *en fait de meubles, possession vaut titre* (art. 2279), ne s'applique pas aux choses incorporelles, qui, n'ayant pas d'existence physique, ne sont pas susceptibles de possession véritable, et dont le transport est d'ailleurs soumis par la loi à des conditions particulières (art. 1690 et suiv.; comp. avis du Conseil d'État du 11 janv. 1808; Cass., 11 mai 1839, Reuillot, Dev., 1839, I, 169; Cass., 14 août 1840, de Laqueuille, Dev., 1840, I, 753; Douai, 28 juin 1843, Fremaux, Dev., 1843, II, 586; Delvincourt, t. I, p. 48, note 13; Duranton, t. VII, n° 485; Plasman, *loc. supra cit.*; Jozon, *Revue du Notoriat et de l'Enregistrement*, 1872, p. 333-334).

B. — D'après la seconde solution, au contraire, les envoyés provisoires peuvent, en leur qualité même d'administrateurs des biens de l'absent, aliéner les meubles incorporels. D'une part, en effet, l'aliénation du mobilier rentre dans les limites d'une libre administration

(arg. de l'article 1449); or c'est sans doute une libre administration qu'il faut reconnaître dans la personne de ces envoyés, qui, bien qu'éventuellement comptables, sont très-probablement propriétaires; d'autre part, ce pouvoir d'aliéner le mobilier incorporel est en harmonie avec le pouvoir, qui appartient aux envoyés, de faire librement aussi l'emploi et le placement de ce mobilier. Serait-il sage, enfin, de décider que le mobilier incorporel ne pourra pas, quoi qu'il arrive, être aliéné pendant toute la durée de l'envoi provisoire? Est-ce que, dans certains cas, cette aliénation ne serait pas un acte d'excellente administration? (Comp. Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Absent*, art. 126; de Moly, p. 266; Talandier, p. 198; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 541; Demante, t. I, n° 157 *bis*, I.)

C. — Enfin, on peut proposer une troisième opinion intermédiaire, d'après laquelle les envoyés pourraient aliéner le mobilier incorporel, en obtenant, à cet effet, l'autorisation du tribunal; et nous croyons, en effet, que cette solution serait la plus sûre.

La première doctrine, vers laquelle nous avions d'abord penché, présente l'inconvénient grave de rendre impossible l'aliénation du mobilier incorporel, dans les circonstances même où l'intérêt de l'absent et des envoyés pourrait évidemment l'exiger.

Cet inconvénient n'existe pas sans doute dans la seconde doctrine, qui laisse, à cet égard, pleine liberté aux envoyés; et on pourrait, en faveur de cette solution, invoquer aussi des analogies déduites de la tutelle, du bénéfice d'inventaire et du régime dotal, où l'on voit que le tuteur peut aliéner le mobilier incorporel du mineur, que l'héritier bénéficiaire peut aliéner le mobilier incorporel de la succession, et le mari, le mobilier incorporel de sa femme. (Comp. notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. I, n° 597, et notre *Traité des Successions*, t. III, n° 264.)

Et toutefois, de même que nous avons pensé que l'héritier bénéficiaire doit obtenir, à cet effet, l'autorisation de justice, nous penserions également que cette autorisation devrait être obtenue par les envoyés provisoires (arg. des art. 125, 126, 128, 1988).

114. — Les envoyés provisoires peuvent-ils plaider au nom de l'absent, soit comme défendeurs, soit comme demandeurs?

Une opinion assez accréditée, leur appliquant à cet égard les mêmes règles qu'au tuteur, distingue d'abord entre les actions mobilières et les actions immobilières, et ensuite entre les actions actives et les actions passives. Elle accorde aux envoyés l'exercice des actions mobilières, soit passives, soit actives; quant aux actions immobilières, elle leur permet seulement d'y défendre; mais elle exige qu'ils se fassent autoriser par justice pour les intenter. Autrement, dit-on, il serait possible aux envoyés de déguiser une aliénation volontaire sous l'apparence d'un procès; ils mettraient d'abord en possession l'acquéreur, et ne l'attaqueraient ensuite que pour le faire gagner (arg. de l'article 464; Duranton, t. I, n° 492; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 543; de Plasman, t. I, p. 205-208).

Il me semble, au contraire, que les envoyés doivent pouvoir, dans tous les cas, plaider au nom de l'absent, sans autorisation de justice :

1° Aucun texte ne les soumet à la nécessité d'une autorisation pour intenter une action immobilière; bien plus, l'article 817 leur accorde même une action qui n'appartient pas au tuteur seul, je veux dire l'action en partage (art. 465). Or pourquoi cette disposition serait-elle spéciale? Il n'y a d'ailleurs aucune objection à tirer de l'article 134, qui semblerait ne leur conférer que l'exercice des actions passives. Merlin a remarqué, avec raison, qu'il avait été pourvu à l'exercice des droits actifs par l'article 120, qui prononce l'envoi en possession des

biens de l'absent à leur profit, de ses biens, et par conséquent de tous ses droits et actions (*Rép.*, t. XVI, p. 28).

2° Plaider d'ailleurs n'est pas aliéner; c'est faire un acte de conservation et de nécessité; les jugements ne sont que déclaratifs des droits préexistants des parties. A la vérité, un procès mal soutenu et, à plus forte raison, simulé, peut entraîner une aliénation; et ce motif a déterminé, dans certains cas, la loi à exiger des garanties. Mais elle n'impose, à cet égard, aux envoyés aucune condition; et il ne paraît pas qu'il y ait lieu de recourir ici à l'application de l'article 465. La similitude, en effet, n'existe pas, sous ce rapport, entre le tuteur et l'envoyé : d'abord, l'envoyé, sans parler de la caution qu'il a fournie, présente pour garantie son propre intérêt, puisqu'il s'agit d'un bien qui peut-être, qui très-probablement restera dans ses mains. Et puis, à qui donc demanderait-il l'autorisation? au conseil de famille, comme le tuteur? Non, car on reconnaît qu'il n'y a pas lieu de réunir à cet effet un conseil de famille. L'envoyé doit, dit-on, demander l'autorisation du tribunal. Eh mais! c'est le tribunal qui sera saisi du procès et qui devra le juger! Comment serait-il possible de lui demander d'avance une autorisation? Cet examen antérieur et superficiel que ferait le tribunal ne serait pas certes une meilleure garantie contre les simulations, que l'instruction et les débats de la cause engagée devant lui, sous les yeux du ministère public, qui, bien qu'il ne soit spécialement chargé que des intérêts des présumés absents, n'en veillera pas toujours moins sur les procès de ce genre (*infra*, n° 116; comp. Douai, 28 nov. 1853, Debril, Dev., 1854, II, 431; Toullier, t. I, n° 434; Proudhon, t. I, p. 289; Massé et Vergé, sur Zachariæ, t. I, p. 149).

Nous pouvons aussi compter aujourd'hui parmi les partisans de notre doctrine Demante, qui, après l'avoir

combattue d'abord dans l'*Encyclopédie du droit* (v° *Absence*, n° 90), l'a ensuite adoptée dans son *Cours analytique* (t. I, n° 158 *bis*, I).

115. — Mais je crois que, pour acquiescer à une demande, que pour transiger, il faudrait une autorisation de justice; de même que pour répudier ou accepter une succession qui serait échue à l'absent avant ses dernières nouvelles.

Dans un procès, le tribunal examine et juge en connaissance de cause; cette garantie a pu paraître suffisante pour laisser aux envoyés provisoires l'exercice des actions immobilières, même actives. Mais nous n'avons plus de garantie pour l'absent, dans le cas d'acquiescement ou de transaction.

Pourtant ces actes-là aussi peuvent être très-utiles. Il ne faut pas réduire les envoyés à la nécessité de plaider contre l'évidence et de se faire en pure perte condamner aux frais, ni les priver, eux-mêmes ou l'absent, des avantages d'une transaction prudente, qui sauverait, du moins en partie, des droits douteux et menacés, ni enfin les forcer d'accepter une succession onéreuse. L'envoyé sans doute pourrait faire tout cela à ses risques et périls, et sous sa responsabilité personnelle; mais il est possible qu'il ne veuille pas en courir les chances, et surtout que les tiers ne s'arrangent pas d'un tel acquiescement, d'une telle transaction. Je crois donc que le tribunal pourrait, dans ces circonstances, accorder l'autorisation, en prenant les précautions et les mesures qu'il croirait convenables, comme, par exemple, en obligeant les envoyés à obtenir l'avis préalable de trois jurisconsultes (arg. de l'article 467 Code Napol.; *voy.* aussi art. 487 et 535 Code de com.; de Moly, n°s 493-504; Talandier, p. 205; Demante, t. I, n° 158 *bis*, III et IV).

La cour de Caen (deuxième chambre, 12 avril 1845, Roussel) a toutefois décidé que l'héritier bénéficiaire ne peut pas transiger, même avec l'autorisation de la justice,

(art. 803); et ce précédent pourrait être invoqué pour prétendre que l'envoyé en possession provisoire ne saurait obtenir non plus l'autorisation de transiger : la règle générale est que les contestations doivent être jugées par les tribunaux; tel est leur dénoûment normal et régulier. A la vérité, les parties peuvent transiger; mais c'est là seulement une faculté, dont l'exercice est soumis par la loi à certaines conditions; or, d'après l'article 2045, pour transiger, il faut avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction, avoir la capacité de les aliéner; donc, l'envoyé provisoire, qui ne peut pas aliéner (art. 128), ne peut pas dès lors transiger; et aucun texte d'ailleurs n'autorise le tribunal à conférer cette capacité à l'envoyé provisoire pas plus qu'à l'héritier bénéficiaire.

Ces motifs sont graves sans doute; mais pourtant ils ne me persuadent pas. Le Code Napoléon n'a que très-imparfaitement réglé le régime de l'envoi en possession provisoire, de cette situation qui peut durer toujours la même, pendant si longtemps! Il nous faut donc recourir aux diverses analogies du droit, emprunter un peu des règles de la tutelle (art. 467, 2045), nous décider enfin souvent d'après ce qui est raisonnable, utile et conforme aux principes d'une bonne et intelligente gestion. C'est par ces motifs que je persiste à penser que le tribunal a le droit d'autoriser l'envoyé provisoire à consentir une transaction. La femme mariée sous le régime dotal ne peut pas non plus aliéner ses biens dotaux (art. 1554); lui défendra-t-on, en conséquence, aussi de transiger même avec l'autorisation de la justice? c'est encore la même question, je le reconnais; mais pourtant la négative me semblerait dans ce cas aussi très-regrettable; et j'avoue que je serai très-porté plus tard à répondre affirmativement; nous verrons alors que la Cour de Caen a rendu elle-même plusieurs arrêts en ce sens (deuxième chambre, 8 avril 1826, Tison de Beaumont;

première chambre, 18 août 1830, Pelletier; deuxième chambre, 18 juillet 1835, Lesieur; *voy.* toutefois aussi Cass., 16 mai 1831, Chirat, D., 1831, I, 152; Cass., 7 févr. 1843, Cisterne, Dev., 1843, I, 282; Grenoble, 20 janv. 1865, Rivoire, *Journal des cours de Grenoble et de Chambéry*, 1865, p. 137; Duranton, t. XVIII, n° 407).

C'est qu'en effet la transaction n'est pas, à beaucoup près, une aliénation comme une autre! Qui sait même, en fait, si elle ne renferme pas une acquisition bien plutôt qu'une aliénation? En tout cas, n'est-ce pas un acte très-favorable, et en quelque sorte nécessaire, au point de vue de la sagesse et de la prudence? et lorsque le tribunal lui-même le reconnaît ainsi en accordant l'autorisation, ne serait-il pas déplorable que l'envoyé provisoire se trouvât néanmoins dans l'impossibilité de transiger?

Nos savants collègues, MM. Aubry et Rau, le pensent également ainsi; car ils vont jusqu'à dire que les envoyés peuvent transiger et compromettre librement en matière mobilière, par la raison qu'il n'existe, dans le Code, aucun texte qui restreigne les pouvoirs des envoyés en possession, en ce qui concerne l'aliénation des meubles. (T. I, p. 541.)

Mais c'est aller trop loin, suivant nous; et nous avons déjà répondu qu'il nous paraissait, au contraire, résulter de la combinaison des articles 125 et 126, que le Législateur n'avait pas entendu laisser aux envoyés la libre faculté d'aliéner ceux des meubles dont le tribunal avait implicitement ordonné la conservation en nature, par cela même qu'il n'en avait pas ordonné la vente (*supra*, n° 112; comp., Orléans, 22 nov. 1850, Marcheix, Dev., 1851, II, 553; Taulier, t. I, p. 216).

115 *bis*. — Quant à la manière dont les envoyés provisoires doivent procéder aux partages, dans lesquels l'absent se trouve intéressé, elle est réglée au *Titre des*

Successions, par les articles 817 et suivants, d'où il résulte que les envoyés, en effet, représentent l'absent, mais sous la condition que le partage sera fait en justice. (*Voy.* notre *Traité des Successions*, t. III, n°s 565 et 598.)

116. — M. de Moly professe que les causes des absents, même déclarés, doivent être communiquées au procureur impérial, en vertu de l'article 83-6° du Code de procédure, qui exige cette communication dans les causes où l'une des parties est défendue par un curateur; or, dit-il, l'envoyé provisoire n'est-il pas un curateur?

Mais le même article 83-7° prouve l'inexactitude de cette interprétation, puisqu'il n'exige la communication au ministère public que des causes concernant *les personnes présumées absentes;* et il est, en cela, d'ailleurs, tout à fait d'accord avec l'article 134 du Code Napoléon, d'où il faut conclure que l'absence une fois déclarée, l'absent est suffisamment et même exclusivement représenté par les envoyés en possession.

Il me semble néanmoins qu'on doit excepter le cas où les envoyés eux-mêmes auraient des intérêts contraires à ceux de l'absent, et accorder alors au ministère public les mêmes droits et les mêmes pouvoirs que pendant la présomption d'absence. Pourquoi, en effet, la mission qui appartenait au procureur impérial pendant la présomption d'absence, cesse-t-elle après la déclaration et l'envoi? c'est parce que l'absent se trouve alors représenté par des administrateurs qui offrent des garanties suffisantes; or, il ne serait ni logique ni prudent de dire que l'absent est représenté par eux, dans les circonstances même où leurs intérêts sont contraires aux siens; donc, il faut alors lui rendre la protection spéciale du ministère public; aussi, voyons-nous, en effet, que dans toutes les occasions semblables, c'est le procureur impérial que la loi constitue le contradicteur des envoyés

dans l'intérêt de l'absent (art. 116, 126 Code Napol.; 859, 860 Code de procéd.; Colmar, 14 juillet 1837, Minist. publ., Dev., 1841, II, 216; Plasman, t. I, p. 87-88; Ortolan. et Ledeau, du *Ministère public en France*, t. I, p. 147, tit. I, chap. III, § 3; *voy.* aussi *supra*, n° 108).

117. — Dans l'exercice des pouvoirs, que je viens d'exposer, les envoyés sont, ainsi que je l'ai dit, les mandataires légaux de l'absent.

De là résultent encore les conséquences suivantes :

1° Les envoyés ne doivent pas être condamnés personnellement aux dépens, dans les procès qu'ils soutiennent en cette qualité au nom de l'absent, à moins que le tribunal ne leur fasse spécialement l'application de l'article 132 du Code de procédure (*voy.* toutefois Toulouse, 8 juin 1831, Dernis, D., 1833, II, 67).

2° La chose jugée pour ou contre les envoyés est dès lors jugée pour ou contre l'absent lui-même, qu'ils ont représenté (art. 134 Code Napol.; 474 Code de procéd.); comme aussi tous les autres actes qu'ils ont faits, doivent être respectés par lui, dès que les conditions nécessaires ont été observées (art. 1998). Il en est, à cet égard, des envoyés, par une raison au moins égale, comme du curateur donné aux biens du présumé absent (*supra*, n° 39).

3° La prescription ne court pas contre l'absent au profit des envoyés, en tant qu'ils sont chargés de le représenter et de le défendre (art. 125; l. 18, ff. *de Negot. gest.*), et qu'ils seraient ainsi responsables eux-mêmes envers lui des prescriptions encourues (Toullier, t. I, n° 429).

118.—Mais doit-on dire, par réciprocité, que la prescription ne court pas non plus au profit de l'absent contre l'envoyé?

La question est ici plus délicate; car, aux termes de l'article 2251, la prescription court contre toutes person-

nes, à moins qu'elle ne soit dans quelque exception établie par la loi; or, aucun texte ne déclare que la prescription ne courra point au profit de l'absent contre les envoyés.

Néanmoins, la réciprocité me paraît logique et raisonnable :

Les exceptions à la règle que la prescription court contre toutes personnes, ces exceptions sont le plus souvent textuelles et positives sans doute; mais elles peuvent être quelquefois aussi implicites et virtuelles; or telle nous paraît être précisément celle-ci :

1° L'envoyé provisoire, en effet, possède les biens qui forment le gage de sa créance; et cette possession, comme celle du créancier gagiste, semble devoir être également, dans ses mains, une protestation incessante contre toute prescription (l. 7, § 5, Code, *de Præscript.* XXX *vel* XL *annorum*).

2° La prescription ne court pas contre l'héritier bénéficiaire, à l'égard des créances qu'il a contre la succession (art. 2258); or, sous ce point de vue, l'analogie des situations est très-grande; et les mêmes motifs qui n'ont pas permis de forcer l'héritier bénéficiaire à se poursuivre en quelque sorte lui-même, et à faire ainsi des frais qui peuvent être entièrement inutiles, ces motifs existent aussi avec la même force à l'égard de l'envoyé en possession.

On objecterait en vain que l'envoyé peut faire nommer un curateur contre lequel il dirigera sa demande (*supra*, n° 108), puisque ce même droit appartient aussi à l'héritier bénéficiaire, et que néanmoins la prescription ne court pas contre lui (art. 996 Code de procéd.; Duranton, t. I, n° 494; Demante, t. I, n° 157 *bis*, VI).

119.—Je suppose, au reste, bien entendu, que dans les deux cas, la prescription n'était pas encore accomplie au moment de l'envoi, soit au profit de l'absent, soit contre lui.

Il est clair que l'envoi en possession, qui ne comprend que les biens tels qu'ils se trouvent au moment où il est prononcé, ne saurait rien changer à la situation déjà existante.

N° 3. — *Attribution aux envoyés en possession provisoire d'une partie ou même de la totalité des fruits par eux perçus.*

120. — L'article 127 est ainsi conçu :

« Ceux qui, par suite de l'envoi provisoire ou de l'ad-
« ministration légale, auront joui des biens de l'absent,
« ne seront tenus de lui rendre que le cinquième des
« revenus, s'il reparaît avant quinze ans révolus depuis
« le jour de sa disparition, et le dixième, s'il ne repa-
« raît qu'après les quinze ans.

« Après trente ans d'absence, la totalité des revenus
« leur appartiendra. »

Il me paraît d'abord essentiel de rechercher pourquoi et à quel titre les envoyés peuvent ainsi conserver les fruits. Je crois que la solution de plusieurs difficultés importantes est attachée à cette première question.

On dit souvent que l'article 127 leur accorde les fruits à titre de rétribution et de salaire, et afin aussi de les convier à entreprendre cette administration, dont ils pourraient être, sans cela, détournés par les soins et la responsabilité qu'elle entraîne, par la nécessité de fournir caution et de rendre compte.

Cette raison-là est exacte assurément ; mais elle n'est pas la seule ; elle n'est pas même, selon moi, la raison principale de l'article 127. Voyez donc, en effet, combien cette indemnité serait exorbitante ! Les quatre cinquièmes, et même les neuf dixièmes ! et même la totalité des revenus ! Certes jamais agent d'affaires ni régisseur n'a obtenu de telles remises, si libéral et si généreux que vous supposiez le propriétaire ! Il faut donc qu'il y ait un autre

motif; car celui-là ne pourrait pas expliquer notre article 127.

Eh bien! c'est qu'on a reconnu que cette attribution des fruits aux envoyés, à titre d'avantage et de bénéfice, à titre d'acquisition gratuite enfin et lucrative, que cette attribution, dis-je, était la conséquence naturelle et légitime de la situation qui venait de se produire.

Il faut aller au vrai et voir les choses comme elles sont. Or, vous avez beau dire à cet héritier, à ce légataire, à ce nu propriétaire rentré dans la jouissance de ses biens, et à tous les autres envoyés en possession, vous avez beau leur dire qu'ils ne sont que des dépositaires, que des administrateurs comptables! la force même de la situation les porte, par une sorte d'instinct, à se croire presque déjà propriétaires. Ces biens-là! mais ils sont très-probablement les leurs! *bona adhuc aliena, sed tamen jam sua*, disait très-bien le président Fabre (*def.* 5, *famil. ercisc. et def.* 4, *qui tut. aut curat.*)

Que va-t-il donc arriver? c'est que les envoyés, en percevant les fruits, s'habitueront à s'en croire d'autant plus riches; c'est qu'ils vont augmenter leurs dépenses, monter, comme on dit, leur maison à l'avenant.... *lautius vivendo*; c'est qu'enfin, si vous les forciez, après cela, après plusieurs années, de restituer tous ces revenus, vous pourriez dévorer leur propre fortune, les appauvrir eux-mêmes et peut-être les ruiner! Eh bien! voilà le danger, voilà l'injustice, que l'article 127 a voulu prévenir! Il a compris qu'on défendrait en vain aux envoyés de consommer les revenus; que ce serait exiger d'eux un trop grand effort sinon de probité, du moins de prudence, de prévoyance, et qu'il y aurait là une lutte, une séduction par trop forte, à laquelle on ne devait pas les exposer. Il a donc sagement fait en légitimant par avance cette acquisition des revenus. Après tout, le mal n'est pas grand; et l'absent n'a pas à se plaindre, dès qu'il re-

trouve intacts le fonds, le capital de sa fortune; la loi même aurait pu accorder tout de suite tous les revenus aux envoyés; et si elle lui en réserve d'abord une faible partie, c'est en quelque sorte pour maintenir son droit, et en signe de protestation contre toute prétention trop envahissante de la part des envoyés; c'est aussi afin qu'il ait de quoi parer aux premières nécessités, dans le cas où il reviendrait. (Comp. Villequez, *Revue historique de droit français et étranger*, 1856, p. 222-223.)

De tout cela, il résulte que l'article 127 est fondé aussi et même principalement sur les mêmes motifs qui ont fait accorder au possesseur de bonne foi les fruits par lui perçus sur la chose d'autrui (art. 138, 549).

« Ceux, » dit-il, « qui, par suite de l'envoi provi- « soire ou de l'administration légale, *auront joui* des « biens de l'absent. »

Voilà véritablement leur titre à l'acquisition; ils ont possédé les biens de bonne foi, ils en ont joui; et l'article 127 les traite dès lors, en effet, comme des possesseurs de bonne foi.

121. — Et voici, tout de suite, un exemple qui fera comprendre l'importance de l'explication qui précède.

L'absent reparaît la veille de la récolte. Les envoyés ont cultivé eux-mêmes, labouré et ensemencé la terre; les fruits sont là, sur pied, pendants par branches ou par racines.

Les envoyés peuvent-ils invoquer, dans une telle circonstance, l'article 127, et réclamer soit une partie, soit la totalité de ces fruits, suivant l'époque à laquelle l'absent reparaît?

Oui, a-t-on répondu; les fruits sont le salaire de leurs soins et de leurs travaux; ils leur sont accordés *pro cura et cultura;* or, il ne serait pas juste de faire dépendre leur droit à cette indemnité de la circonstance toute fortuite et accidentelle du retour de l'absent, suivant qu'il aura eu lieu la veille ou le lendemain de la récolte. Il est plus

raisonnable d'appliquer à cette hypothèse les règles du régime dotal (art. 1571), de faire ainsi une première division de ces fruits, en proportion du temps qu'a duré l'envoi en possession pendant la dernière année, et de prélever ensuite sur la part attribuée aux envoyés en possession, le cinquième ou le dixième, selon les distinctions établies par l'article 127 (Duranton, t. I, n° 498).

Eh bien! je pense, au contraire, que les envoyés n'auraient aucun droit à cette récolte encore sur pied, et que l'absent de retour la recueillerait tout entière, sous la déduction seulement des frais de labour et de semence (art. 548, 1381).

Je fonde cette solution 1° sur le texte même des articles 127 et 132; 2° sur le motif essentiel de la loi dans ces articles; 3° sur les principes généraux du droit :

1° D'après l'article 127, « ceux qui, par suite de « l'envoi provisoire, ou de l'administration légale, au« ront joui des biens de l'absent, *ne seront tenus de lui « rendre* que le cinquième, etc. » Ainsi, la loi les suppose nantis; elle suppose les fruits perçus. Elle leur permet seulement de les conserver, de *ne pas les rendre*; donc, il faut qu'ils les aient déjà recueillis. A la vérité, le dernier paragraphe de l'article 127 porte qu'après trente ans d'absence, la totalité des revenus *leur appartiendra*. Mais ce mot doit être entendu suivant la pensée dominante et essentielle, si manifestement exprimée dans la première partie de l'article à laquelle il fait suite; et la preuve en est encore dans l'article 132, d'après lequel l'absent recouvre ses biens *dans l'état où ils se trouvent*. Je conviens que cet article serait plutôt fait dans l'intérêt de l'envoyé définitif que de l'absent; mais il me semble que ses termes n'en décident pas moins notre question, et qu'ils n'en ont dès lors que plus d'autorité.

2° Et cela est tout à fait d'accord avec le véritable motif de la loi. Elle ne veut pas constituer en perte les envoyés;

elle ne veut pas les obliger à fournir un compte rigoureux de ces revenus, qu'ils ont dû être si naturellement portés à dépenser. Elle les dispense donc d'en rendre compte! Mais quand les fruits eux-mêmes sont là, quand il est certain que les envoyés ne souffriront aucun préjudice, quand il n'y a enfin, de leur part, aucun compte à rendre, pourquoi donc la loi leur donnerait-elle ces fruits, qui, après tout, n'appartiennent qu'à l'absent! — A titre de salaire, dites-vous? — Oh! non, car nous l'avons prouvé, cela serait beaucoup trop! — Mais alors, me réplique-t-on, ils n'auront donc rien de cette récolte que leurs travaux ont préparée? Rien! Oh! à votre tour, cela est trop peu! — Eh bien! non, ils n'en auront rien. La loi les a traités comme des possesseurs de bonne foi, avec les chances par conséquent bonnes ou mauvaises de la situation qu'elle leur a faite. Leur indemnité, sous ce rapport, a quelque chose d'aléatoire. L'absent reviendrait le lendemain de la récolte faite par les envoyés, de la récolte faite par eux immédiatement après leur envoi en possession, qu'ils auraient droit à la part de fruits déterminée par l'article 127. Réciproquement, ils n'y auront aucun droit, si l'absent, au contraire, revient la veille de la récolte à faire! Et lorsqu'on se récrie contre cette éventualité réciproque, je réponds encore que telle est la condition des possesseurs de bonne foi, et qu'après tout, l'envoyé n'est pas fondé à se plaindre d'être traité comme le possesseur le plus favorisé!

3° Cette solution enfin est conforme aux principes généraux; les fruits, en effet, font partie intégrante du sol auquel ils sont attachés, immeubles comme le sol (art. 520), appartenant, par droit d'accession, au même propriétaire que le sol (art. 547). Lors donc que l'absent revient et qu'il retrouve son immeuble couvert de fruits, il le reprend tel qu'il est, et par conséquent avec les fruits, qui, tant qu'ils ne sont pas perçus, n'ont pas une existence distincte et indépendante de l'immeuble lui-même.

Tels sont partout les principes observés, non-seulement à l'égard des possesseurs de bonne foi (art. 138, 549), mais à l'égard de l'usufruitier (art. 585), et de la communauté de biens entre époux (comp. art. 1401 et 1405). L'article 1571 consacre, en ce qui concerne le régime dotal, une exception qui peut d'autant moins être étendue à notre hypothèse, que les articles 127 et 132, loin de déroger aux principes généraux, les consacrent au contraire d'une manière positive (*voy.* de Plasman, t. I, p. 160-163).

122. — Supposons même qu'il s'agisse de fruits civils, de fermages, d'arrérages de rentes (art. 547, 584).

Le fermier ou le débiteur doit payer un terme de six mois le 25 juin; et voilà que le 24 juin, l'absent reparaît, ou même seulement le 26, après l'échéance, mais avant le payement. L'envoyé aura-t-il droit, d'après l'article 127 à une partie ou à la totalité de ces loyers, fermages ou arrérages, échus ou non échus, mais non encore payés?

Il est clair que Duranton devait répondre affirmativement dans cette seconde hypothèse comme dans la première (comp. nos 498 et 507, t. I).

Mais dans notre système, cette hypothèse est plus délicate; et on pourrait effectivement, en faveur des envoyés, se prévaloir de la règle consacrée par l'article 586, que les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour.

Pourtant, je croirais encore qu'ils n'y auraient aucun droit :

C'est surtout à l'usufruitier que l'article 586 applique le principe de l'acquisition successive et jour par jour des fruits civils ; or, les envoyés ne sont pas, ainsi que je l'ai déjà dit (*supra*, n° 95), usufruitiers des biens de l'absent. Quelle est donc la disposition légale en vertu de laquelle ils peuvent prétendre aux fruits? c'est uniquement en vertu de l'article 127; voilà leur seul titre; or,

cet article, encore une fois, suppose qu'ils ont reçu, et que c'est l'absent qui leur demande un compte; donc, il n'est pas applicable, lorsque l'absent ne s'adresse pas à eux et demande directement à ses propres débiteurs les deniers qu'ils ont encore entre les mains (comp. Cass., 30 juin 1840, Auger, Dev., 1840, I, 884; Toullier, t. I, n° 450).

Nous reviendrons, au reste, sur ces difficiles questions, quand nous examinerons en général les droits du possesseur de bonne foi.

123. — L'article 127 est applicable « à ceux qui, « par suite de l'envoi provisoire ou de l'administration « légale, auront joui des biens de l'absent. »

Par suite de l'envoi provisoire: non-seulement donc aux héritiers présomptifs, mais au légataire, au donataire de biens à venir, au nu propriétaire, etc.

Ou de l'administration légale: ces mots s'entendent généralement et paraissent, en effet, devoir s'entendre de l'administration de l'époux présent qui a opté pour la continuation de la communauté (art. 124). L'article 127 soulève même, en ce qui concerne cet époux, des difficultés fort graves, que nous examinerons dans notre seconde partie (*infra*, n° 286-288).

La Cour de Cassation a décidé que l'article 127 était applicable même à l'individu nommé par justice administrateur des biens de l'absent. A la vérité, les faits étaient favorables; et il s'agissait de la mère même de l'absent; mais enfin la Cour n'en a pas moins, accordé le bénéfice de l'article 127 à un individu qui n'avait ni la qualité d'envoyé provisoire, ni celle de conjoint présent; et l'arrêt même paraît, à cet égard, motivé en principe :

« Considérant que ce n'est pas seulement à ceux qui « ont joui des biens de l'absent en qualité d'envoyés en « possession provisoire, mais encore à ceux qui en ont « eu *l'administration légale*, que la loi réserve une partie

« des fruits ; que, dans l'espèce, la mère de l'absent a « obtenu *l'administration* provisoire. » (Cass., 29 déc. « 1830, Camors, Dev., 1831, I, 80).

Il me semble que cet arrêt n'est conforme ni au texte de l'article 127, ni aux principes sur lesquels cet article est fondé.

D'une part, en effet, on ne peut comprendre, sous le nom d'administrateur légal, que celui qui a son titre dans la loi elle-même et qui procède directement de la loi ; or, tel n'est pas l'administrateur nommé par un tribunal ; c'est là un administrateur judiciaire (art. 1961-1963), et non pas un administrateur légal proprement dit.

D'autre part, ce n'est pas un salaire ni une simple indemnité que l'article 127 alloue à quiconque administre les biens de l'absent. Cet article est fondé sur un tout autre ordre d'idées ; il laisse les fruits à ceux qui ont pu se faire illusion, qui ont pu espérer qu'ils ne seraient pas tenus de les rendre, et qu'on a voulu dès lors ne pas exposer à des restitutions très-dures et ruineuses peut-être, par suite de cette illusion et de cette bonne foi. Mais aucune de ces considérations ne regarde l'administrateur nommé par justice, l'agent, le régisseur ordinaire. Cette exorbitante remise serait envers lui une prodigalité véritable et un abandon sans excuse des intérêts de l'absent ou des autres ayants droit.

124. — La part des fruits, laissée aux envoyés en possession, augmente, non pas précisément eu égard à la durée plus ou moins longue de leur gestion, mais plutôt en proportion de la durée de l'absence elle-même ; de telle sorte que si l'envoi provisoire, par une circonstance quelconque, n'était prononcé que quinze ans après la disparition de l'absent, les envoyés, dès le premier jour de leur entrée en possession, ne seraient tenus de lui rendre que le dixième des fruits. Preuve nouvelle que cette attribution des fruits a surtout pour cause l'impro-

babilité du retour de l'absent et la bonne foi des envoyés, de plus en plus naturelle et excusable, en effet, avec le temps.

La loi distingue, à cet égard, trois époques :

1° L'absent reparaît-il avant quinze ans révolus depuis sa disparition? les envoyés ne sont tenus de lui rendre que le cinquième;

2° Après quinze ans? que le dixième;

3° Après trente ans d'absence, ils ne sont plus tenus à aucune restitution des fruits.

Et cela, non pas seulement pour l'avenir, mais même aussi pour le passé.

Telle est en effet la disposition de l'article 129, qui, une fois quinze ans révolus depuis la disparition, ne soumet les envoyés à rendre que *le dixième des fruits*, c'est-à-dire, par conséquent, de tous les fruits, même de ceux perçus avant l'expiration des quinze ans. En vain, on objecterait que les envoyés ont dû réserver, pendant la première époque, un cinquième, et pendant la seconde, un dixième des fruits, et que ces fruits ainsi réservés à l'absent, faisant partie de son patrimoine, doivent, dans tous les cas, lui être restitués. La loi n'a pas procédé, en matière de restitution de fruits, avec cette logique rigoureuse. Eh! mon Dieu! est-ce que les débiteurs d'intérêts ou d'arrérages ne devraient pas, eux surtout, mettre de côté les annuités qu'ils doivent à leurs créanciers! et pourtant, au bout de cinq ans, la loi les protége par la prescription (art. 2277). C'est ici la même pensée, la même *amnistie*. Après tout, l'absent qui revient si tard, n'a pas à se plaindre, quand il retrouve surtout le fonds, le capital de sa fortune.

125. — Les trois époques dont nous venons de parler, ont-elles le même point de départ?

Les deux premières commencent à dater du *jour de la disparition;* point de difficulté à cet égard (art. 127).

Mais la troisième?

Le texte dit qu'après trente ans *d'absence*, la totalité des revenus appartiendra aux envoyés (art. 127). Est-ce d'absence effective, à compter aussi du jour de la disparition, ou bien d'absence déclarée, à ne compter dès lors que du jour du jugement qui la prononce?

Cette question est controversée.

Pour soutenir qu'il s'agit ici de l'absence déclarée, on invoque le texte même de l'article 127 et la différence de rédaction qui distingue le dernier paragraphe. N'est-ce pas à dessein qu'après avoir employé dans la première partie ces mots: *du jour de la disparition*, la loi ajoute ensuite: *après trente ans d'absence?* ce terme, qui, en général, exprime l'absence déclarée, ne doit-il pas surtout conserver son acception technique, lorsqu'il est ainsi opposé par une sorte d'antithèse au mot *disparition?* Ce n'est d'ailleurs qu'après trente ans d'absence déclarée que les envoyés provisoires cessent, en général, d'être comptables (art. 129); et on comprend pourquoi la loi a pu vouloir jusqu'à cette époque maintenir en faveur de l'absent une certaine réserve sur les fruits (Delvincourt, t. I, p. 49, note 5; Duranton, t. I, n° 418, note 2).

Je crois néanmoins que les trente ans, à l'expiration desquels la totalité des revenus appartient aux envoyés, ont aussi pour point de départ le jour de la disparition:

Il me semble d'abord qu'à lire attentivement l'article 127, on reconnaît que le législateur a pris pour terme commun des trois époques qu'il déterminait à cet égard, l'espace de quinze ans; et on conçoit très-bien alors comment la troisième époque s'ouvre en effet après trente ans depuis la *disparition*.—On s'est servi au contraire du mot *absence!* — J'en conviens; mais ce mot, qui a bien pu soulever le doute, ne saurait à lui seul le résoudre (*supra*, n° 14); et il est infiniment probable qu'en effet, les rédacteurs de l'article 127 ne l'ont pas ici employé

dans son acception spéciale et restreinte. Voici surtout ce qui me le persuade : il est question dans l'article 127, de ceux qui, *par suite de l'envoi provisoire*, auront joui des biens de l'absent ; c'est donc aux envoyés provisoires que cet article attribue, après trente ans, la totalité des fruits ; or, si vous comptez ces trente ans à partir de la déclaration d'absence, nous nous trouvons déjà dans la troisième période, dans celle de l'envoi définitif ; donc, l'article 127, qui, encore une fois, suppose que les envoyés provisoires pourront avoir la totalité des fruits, ne serait presque jamais appliqué, quant à cet effet, dans l'autre système. Dira-t-on qu'il peut arriver que les envoyés provisoires ne demandent pas l'envoi définitif après les trente ans qui suivent l'envoi provisoire ? cela est possible, il est vrai ; mais rien ne sera plus rare ; car cet envoi définitif est tout à leur avantage ; et certes la loi qui leur permet de le demander, a dû supposer qu'ils le demanderaient en effet ; mon argument reste donc (Lemante, *Encyclop.*, n° 92 ; Valette sur Proudhon, t. I, p. 288, note A ; Zachariæ, t. p. 307).

126. — Il n'y a que douze ou quinze ans que l'absent a disparu ; mais il s'est écoulé cent ans depuis sa naissance ; l'envoi définitif est prononcé (art. 129). Les envoyés auront-ils droit dès lors à la totalité des fruits ?

A s'en tenir littéralement aux textes des articles 127, 129 et 132, on pourrait hésiter ; car il ne s'est pas écoulé trente ans depuis sa disparition.

Néanmoins, il ne me paraît pas douteux que les envoyés définitifs sont, dans tous les cas, dispensés de rendre aucun compte des revenus :

1° L'expiration de cent ans depuis la naissance de l'absent équivaut, dans le système de la loi, à l'expiration des trente ans depuis l'envoi provisoire, et produit, en faveur des envoyés, les mêmes effets (art. 129).

2° L'attribution des fruits aux envoyés est fondée sur leur bonne foi, sur la confiance qu'ils ont pu concevoir de n'être pas obligés de les rendre; or, dès que l'envoi définitif est prononcé, cette confiance et cette bonne foi sont plus que jamais légitimes, puisque, dès cette époque, la loi les autorise à aliéner même le fonds et le capital; il serait donc tout à fait illogique et injuste de les rendre comptables d'une portion quelconque de fruits, dès que l'envoi définitif est prononcé.

127. — La loi n'a mis expressément aucune dépense à la charge des envoyés.

En résulte-t-il qu'ils ne doivent pas contribuer aux frais de la jouissance et de l'administration des biens?

Il faut s'entendre :

Si vous en induisez seulement que l'envoyé n'est pas tenu de contribuer à ces frais *de suo* et de ses propres deniers, la conséquence sera juste; mais elle serait évidemment insoutenable, si vous prétendiez lui accorder les fruits *bruts*, c'est-à-dire sans déduction préalable d'aucuns frais. D'abord, l'article 127 ne leur attribue que les revenus; or, il n'y a de revenus, de fruits, que sous la déduction de certaines dépenses que la pratique générale, la nécessité des choses, et la loi elle-même (art. 548) ont mis à la charge des fruits; et puis, autrement, il faudrait donc, pour payer les impôts, pour faire les réparations d'entretien, entamer le capital et vendre les fonds même! Cela est assurément impossible. Il est donc évident que les envoyés n'ont droit qu'aux revenus *nets*, ou, en d'autres termes, qu'ils doivent supporter les charges des revenus dans la proportion suivant laquelle ils y ont droit (art. 635; *voy.* aussi l'article 9 de la loi du 13 janvier 1817, sur les moyens de constater le sort des militaires absents).

A cet égard, on distingue 1° les réparations locatives ou menues réparations (art. 1754); 2° les réparations

d'entretien et autres charges des fruits, comme les impôts (art. 548, 608, 610); 3° les grosses réparations (art. 605, 606).

Les envoyés sont tenus, sans nul doute, des menues réparations; c'est un carreau cassé, une serrure dérangée : réparations minimes, le plus souvent d'ailleurs nécessitées par la faute de ceux qui habitent, et que, par ces divers motifs, et afin de prévenir une foule de petites contestations, la loi met à la charge du locataire lui-même, du locataire, qui pourtant paye pour jouir de la chose! (Art. 1754.)

Les envoyés sont tenus encore des réparations d'entretien et de toutes les autres charges annuelles des fruits, en proportion de la part qu'ils y prennent; ce sont là, pour ainsi dire, des revenus passifs, qui diminuent d'autant les revenus actifs.

Quant aux grosses réparations, qui ne sont pas considérées comme une charge des fruits, elles ne sont pas à leur compte, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparation d'entretien; et je ne vois pas même que la loi leur impose la nécessité de faire l'avance des frais qu'elles peuvent coûter. Elles devraient donc être acquittées aux dépens des capitaux de l'absent, et s'il n'en avait pas, au moyen d'un emprunt ou même de l'aliénation de l'un des ses biens (arg. des art. 609 et 612).

Ces principes sont, en général, reconnus (Delvincourt, t. I, p. 49, note 1; Duranton, t. I, n° 475; Zachariæ, t. I, p. 307).

M. de Plasman exprime seul, à cet égard, des doutes qui ne me paraissent pas fondés (t. I, p. 213-218).

C'est n'est pas ici le lieu d'exposer le caractère qui distingue les différentes espèces de réparations; j'y reviendrai au titre de l'usufruit (*voy.* notre *Traité de la Distinction des biens, de la Propriété, de l'Usufruit*, etc., t. II, n°s 552 et suiv.).

II. Rapports des envoyés provisoires les uns envers les autres

128. — L'envoi en possession opère, ainsi que je l'ai dit (*supra*, n° 71), une sorte d'ouverture provisoire de la succession.

De là les conséquences suivantes :

1° Les héritiers ou autres successeurs peuvent faire, entre eux, le partage du patrimoine de l'absent, suivant les règles ordinaires des partages de succession.

L'article 129 semblerait dire qu'ils ne sont fondés à demander le partage qu'après l'envoi définitif ; et c'est ainsi que paraît en effet l'entendre M. de Moly (n° 414); Dijon, 3 janv. 1878, Chaudren, Dev., 1878-2-85).

Mais telle ne saurait être la portée de cet article, qui, dans sa disposition finale, a eu probablement en vue le cas où l'envoi définitif est prononcé *de plano* et avant tout envoi provisoire, soit parce que l'époux commun en biens a opté pour la continuation de la communauté, soit parce qu'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent.

En effet, le droit de faire le partage dès le jour même de l'envoi provisoire résulte des articles 120 et 123, qui appellent chacun des successeurs à exercer, divisément et pour sa part, les droits que le décès prouvé aurait ouverts à son profit.

129. — 2° Les héritiers ou autres successeurs peuvent procéder à une licitation; toutefois, les biens compris dans l'envoi provisoire ne pouvant pas être aliénés (art. 128), cette licitation ne doit avoir lieu qu'entre eux et à l'exclusion des étrangers (comp. Orléans, 1er décembre 1859, de Gyvés, Dev., 1860, II, 562; D., 1860, II, 159, et les *Observations* des arrêtistes; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 544; Massé et Vergé, t. I, p. 149).

130. — 3° Ils peuvent aussi faire, entre eux, les arrangements, les traités qu'ils jugent convenables.

En vain, on dirait : tout pacte sur une succession non ouverte est déclaré nul (art. 791, 1130, 1600); or, la succession de l'absent n'est pas ouverte (art. 130, 718) donc, les envoyés ne peuvent pas encore traiter, transiger sur les droits qu'ils prétendent y avoir.

Il est très-vrai, sans doute, que la succession n'est pas ouverte par l'absence, la succession véritable, la succession proprement dite! Mais l'absence déclarée n'en produit pas moins une situation qui se rapproche, à beaucoup d'égards et de très-près, de la succession même; aussi, les articles 791, 1130 et 1600 ne sont-ils pas alors applicables. On ne rencontre pas ici, en effet, les deux motifs principaux sur lesquels ils sont fondés, savoir : le défaut d'objet, l'immoralité d'un pacte sur une succession future. Le défaut d'objet? mais les biens sont là, mis par la loi elle-même et dès actuellement à la portée, si je puis dire ainsi, des divers ayants droit. L'immoralité de la convention, le *votum mortis* qu'elle témoigne? pas davantage; c'est la loi elle-même encore qui appelle les héritiers et tous les autres intéressés; et il faut bien, en vérité, qu'ils puissent faire entre eux tous ces traités, tous ces arrangements. Qui veut la fin, veut les moyens; comment pourraient-ils arriver à un partage, s'ils ne pouvaient pas terminer les difficultés qui s'élèvent entre eux à cette occasion? Qu'importe d'ailleurs à l'absent que ses biens se trouvent dans les mains de tel envoyé ou de tel autre, dès qu'ils sont toujours garantis de la même manière (comp. Cass., 3 août 1829, Peignot, Sirey, 1829, I, 339; Cass., 27 déc. 1837, Colombel, Dev., 1838, I, 545; Cass., 14 août 1871, Molles, Dev., 1871, I, 101).

130 *bis*. — Il est bien entendu, d'ailleurs, que, si les envoyés provisoires ne peuvent pas s'accorder, soit sur les détails, soit sur l'ensemble de l'administration, c'est aux tribunaux qu'il appartient d'y pourvoir (*arg.* de l'article 120; comp, Orléans, 1er déc. 1860, cité *supra*, n° 129).

131. — Nous parlons ici de l'absence déclarée, puisque nous nous occupons des effets de l'envoi en possession provisoire.

La Cour de Bordeaux avait aussi maintenu un traité fait par l'héritier présomptif, même pendant la présomption d'absence (21 juin 1838, Delage, Dev., 1838, II, 413).

Cet arrêt a été cassé (2 déc. 1841, Delage, Dev., 1842, I, 167), par le motif qu'avant la déclaration d'absence, l'individu qui a disparu n'est pas présumé mort, et que si, après l'absence déclarée, la présomption de décès se reporte au jour de ses dernières nouvelles, c'est afin seulement d'appeler ceux qui étaient à cette époque ses héritiers présomptifs, sans qu'on soit pour cela autorisé à en conclure d'une manière absolue que l'absent est, à tous autres égards, réputé mort dès ce moment.

Il est sans doute plus difficile de soutenir la validité d'un traité fait seulement pendant la présomption d'absence; car plusieurs des motifs qui viennent de nous déterminer (*supra*, n° 130) n'existent pas encore, puisque les héritiers présomptifs et autres ayants droit ne sont pas encore mis par la loi elle-même en rapport avec le patrimoine de l'absent.

Et pourtant si on n'a pas de nouvelles de l'absent, si l'absence est ensuite déclarée, si enfin l'envoi provisoire a lieu, est-ce qu'ils ne seront pas réputés avoir été ses successeurs, dès l'époque de ses dernières nouvelles? Que l'absent ne soit pas, à tous égards et absolument, présumé mort dès ce moment; à la bonne heure! (*Voy.* pourtant *supra*, n° 12.) Mais en ce qui concerne les héritiers présomptifs et les autres ayants droit, et quant au point de savoir à quelle époque leur titre s'est ouvert, il est certain que c'est à cette époque même qu'il faut se reporter!

Or, cela posé, comment peuvent-ils être recevables à

demander la nullité d'un traité par eux fait, lorsqu'ils ne prouvent pas que l'absent existait encore à ce moment, lors au contraire que la loi présume, en ce qui les concerne, qu'il était alors décédé! Et voilà précisément ce qui nous a fait dire qu'ils avaient, même pendant la présomption d'absence, une sorte de droit conditionnel (*supra*, n° 26).

Je croirais donc que, même dans ce cas, le traité devrait être maintenu; et c'est ce qui paraît aussi résulter de plusieurs autres arrêts (comp. Cass., 30 août 1826, Lacoutière, D., 1827, I, 15; Cass., 3 août 1829, Peignot, Sirey, 1829, I, 339; Cass., 17 janvier 1843, Déchelette, Dev., 1843, I, 146).

132. — 4° Les cohéritiers envoyés en possession provisoire peuvent-ils se contraindre réciproquement au rapport des dons qu'ils auraient reçus de l'absent, sans clause de préciput? (Art. 843.)

Cette question me paraît très-grave.

A. Pour la négative, on peut invoquer le texte même des articles 120 et 123, et les principes généraux sur lesquels repose toute la théorie de l'absence :

D'après l'article 120, l'envoi en possession ne comprend que *les biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles*. De même, d'après l'article 123, ce n'est que *sur les biens de l'absent* que la loi ouvre provisoirement l'exercice des droits subordonnés à son décès; et ces deux textes sont parfaitement d'accord avec l'intitulé de la section 1re du chapitre v : *des Effets de l'absence relativement aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition;* or, le bien donné par l'absent à l'un de ses héritiers présomptifs *ne lui appartenait plus* (art. 894); donc, il ne peut pas être compris dans l'envoi provisoire.

Et quel est en effet le but principal de cet envoi? c'est de pourvoir à l'administration des biens de l'absent, de ces biens qui sont là, délaissés (comp. art. 120, 123,

124). Sans doute, la loi prépose à cette administration ceux qui y ont le plus d'intérêt; mais après tout, il s'agit finalement de pourvoir à l'abandon des biens, en conciliant, à cet égard, l'intérêt de l'absent avec l'intérêt de ceux qui ont des droits éventuels sur ces mêmes biens; or, le bien donné par l'absent à l'un de ses héritiers présomptifs n'est pas abandonné; le donataire le possède et l'administre. Comment donc pouvez-vous demander qu'on nomme un administrateur provisoire à ce bien, qui est possédé et administré par le propriétaire lui-même?

Quel est le titre des envoyés? et que sont-ils, en vérité? des représentants de l'absent, des dépositaires, des administrateurs comptables (art. 125, 134), qui, par conséquent, ne peuvent pas avoir, à ce titre et en cette qualité, des droits que l'absent lui-même n'avait pas; or, l'absent était dessaisi de l'objet par lui donné, et n'avait aucun droit contre le donataire; donc, les envoyés n'en peuvent eux-mêmes avoir aucun, puisque encore un coup, ils ne reçoivent à ce titre que *les biens qui appartenaient à l'absent*, que les droits et actions dès lors qui se trouvaient dans son patrimoine.

Ce serait donc dénaturer profondément et bouleverser tout le système de la loi, que d'accorder aux envoyés, de leur propre chef, et en leur nom personnel, des droits contre des tiers. Les obligeriez-vous, par exemple, à fournir caution dans ce cas? cela semblerait juste, en effet, puisque si l'absent revenait, ils seraient tenus de restituer aux tiers, au donataire dans notre espèce, les biens qu'ils lui auraient enlevés. Mais, pourtant, il est clair que c'est dans l'intérêt de l'absent que la caution est exigée (comp. art. 120, 123, 124). Pourquoi cela? eh! précisément parce que l'envoi en possession ne doit comprendre que les biens qui appartenaient à l'absent lui-même; parce que la présomption de mort ne milite en faveur des envoyés que vis-à-vis de l'absent lui-même

et sur les biens seulement qui lui appartenaient; parce que la loi, pour tout le reste, ne présumant ni la vie ni la mort de l'absent, il en résulte que lorsque les envoyés se font demandeurs contre les tiers, et veulent exercer contre eux et sur les biens qui sont dans leurs mains, des droits subordonnés au décès de l'absent, ils doivent prouver ce décès.

B. Faut-il donc en conclure que le cohéritier donataire ne sera pas tenu de rapporter?

Mais voyez alors quel résultat! quelle injustice! Un homme a deux enfants. A l'un, il a donné par avancement d'hoirie 50 000 fr.; il disparaît; son absence est déclarée; et les biens qu'il possédait à l'époque de sa disparition sont de 50 000 fr.

Vous allez, dites-vous, envoyer en possession de ces 50 000 fr. les deux enfants par égales parts, sans soumettre l'enfant donataire au rapport, c'est-à-dire que sur un total de 100 000 fr., qui composait la fortune paternelle, l'un des enfants aura 75 000 fr., et qu'il en jouira ainsi pendant trente ans; tandis que l'autre n'aura que 25 000 fr.; et on pourrait assurément citer des chiffres qui mettraient l'iniquité plus en relief encore. Je dis l'iniquité, parce qu'un tel résultat est de tous points contraire, en effet, à cette équité, à cette égalité qui est dans le vœu commun du père de famille et de la loi. Ajoutez d'ailleurs que si le donataire ne fait pas actuellement le rapport des 50 000 fr. qu'il a reçus, il faudra pourtant bien qu'il le fasse plus tard; et alors il vous faudra tout recommencer; car votre solution ne permet pas d'établir, dès à présent, entre ces deux enfants une situation qui puisse, ainsi que le voudrait la loi, demeurer définitive, si le père commun ne revient pas.

Ces considérations sont, on ne peut plus puissantes; et pourtant, je l'avoue, elles ne me paraissent pas détruire les arguments si vigoureux et si pressants de l'opinion contraire, arguments auxquels nous reviendrons

bientôt et que nous verrons, en effet, triompher (*infra*, nos 134 et suiv.).

Si donc nous n'avions que ces considérations, elle ne suffiraient pas, à mes yeux, quelles qu'en soient l'équité et la sagesse, pour contraindre le cohéritier donataire au rapport envers ses cohéritiers, tant qu'ils n'ont que le titre commun et réciproque d'envoyés en possession provisoire; mais il y a contre lui un argument spécial, un argument, si je puis dire, *ad hominem*, et qui me paraît devoir réussir.

Le cohéritier, en effet, qui demande sa part dans l'envoi en possession des biens qui appartenaient à l'absent lors de ses dernières nouvelles, ce cohéritier accepte et invoque la présomption de mort, cette présomption qui opère une sorte d'ouverture provisoire de la succession; or, dès qu'il l'invoque, elle peut réciproquement lui être opposée : *quod produco, non reprobo!* Il est impossible, en effet, qu'il la divise, qu'il l'accepte d'un côté et qu'il la répudie de l'autre. Cette présomption de mort est, comme je viens de le dire, le titre réciproque, le titre commun de tous ceux qui prennent part à l'envoi en possession. *Entre eux*, ce n'est pas un dépôt; c'est une succession anticipée, qui s'ouvre provisoirement, et qui dès lors, *entre eux*, doit être régie par les mêmes règles que la succession véritable. C'est ainsi que Lebrun enseignait autrefois que les parents de l'absent, qui s'étaient fait admettre au partage provisionnel de ses biens, étaient, par cela même, non recevables à soutenir ensuite qu'il existait encore (*des Successions*, livre I, chap. I, sect. I, nos 11 et 12); et cette solution très-logique me paraît fournir contre notre héritier donataire un puissant argument d'analogie.

Je raisonne dans l'hypothèse d'une donation entre-vifs; mais l'hypothèse d'un legs rendra mon argument plus sensible encore.

Supposez donc que le testament de l'absent attribue un legs sans clause de préciput à l'un des ses héritiers présomptifs; cet héritier aura-t-il droit à l'envoi en possession de l'objet légué, en sus de sa part héréditaire?

Si vous dites oui, je demanderai comment il se peut faire qu'exerçant uniquement ses droits d'héritier présomptif (art. 120), il obtienne à titre d'envoyé ce qu'il n'obtiendrait pas à titre d'héritier!

Si vous dites non, comme il le faut nécessairement, je m'empare de votre réponse; et j'en conclus que vous admettez, dès ce moment, le rapport.

Or, si le cohéritier ne profite pas, comme envoyé, des legs faits sans clause de préciput, il doit logiquement aussi rapporter même les donations entre-vifs, qui ne lui ont point été faites hors part.

La doctrine que nous avons présentée sur ce point, a été admise par MM. Demante (t. I, n° 152 *bis*, IV, note 1); Aubry et Rau sur Zachariæ (t. I, p. 544), et Massé et Vergé (t. I, p. 149).

III. — Rapports des envoyés en possession provisoire envers les tiers.

133. — Les droits de mutation sont dus par les envoyés dans les six mois de l'envoi en possession provisoire (lois du 22 frimaire an VII, art. 24; du 28 avril 1816, art. 40; joign. décis. minist. du 24 fructidor an XIII, Sirey, 1823, I, 300; Cass., 8 déc. 1856, Avizart, Dev., 1858, I, 299).

133 *bis*. —Les biens compris dans l'envoi en possession se transmettent d'ailleurs, comme les biens personnels des envoyés, dans leur succession *ab intestat*, aux héritiers ou autres successeurs appelés par la loi à les recueillir, à la charge, bien entendu, d'accomplir, comme

leur auteur, les conditions de l'envoi provisoire (art. 711, 724; *supra*, n° 78).

Bien plus! les héritiers ou autres successeurs sont tenus de respecter ou d'exécuter, jusqu'à concurrence de la quotité disponible, les donations entre-vifs ou les legs, par lesquels les envoyés auraient disposé de ces biens, sauf le droit, pour eux, de demander caution aux donataires et aux légataires.

Et nous croyons même que les biens seraient compris, pour le tout, dans un legs universel, ou pour la même portion que les biens personnels de l'envoyé, dans un legs à titre universel qu'il aurait fait; ce serait là du moins une question d'interprétation (art. 1003, 1010).

134. — Mais, d'ailleurs, les envoyés provisoires doivent-ils être considérés, à l'égard des tiers, comme de simples administrateurs des biens de l'absent, ne pouvant agir que de son chef, n'ayant que les mêmes droits que lui et les mêmes obligations?

Ou bien, au contraire, doit-on les considérer comme des héritiers, comme des propriétaires, ayant, à ce titre, des droits et des obligations de leur propre chef?

Telle est la question générale, à laquelle se rattachent, d'une manière plus ou moins directe, plusieurs questions particulières, dont quelques-unes sont fort difficiles.

Je vais d'abord en présenter l'énumération et le tableau, pour les reprendre ensuite une à une :

1° Comment les envoyés provisoires sont-ils tenus envers les créanciers de l'absent? — Les dettes se divisent-elles entre eux? — Sont-ils obligés de les payer *ultra vires?* En cas de négative, sont-ils tenus seulement sur les biens de l'absent ou même aussi sur leurs propres biens? (*Infra*, n° 136.)

2° Si l'envoyé provisoire a aliéné ou hypothéqué, pour son compte personnel, un immeuble de l'absent, quel

est l'effet de cette aliénation ou de cette hypothèque? (*Infra*, n° 137.)

3° Les créanciers personnels de l'envoyé peuvent-ils exercer quelques droits sur les biens de l'absent? — Peuvent-ils inscrire, sur ses immeubles, une hypothèque légale ou judiciaire? (*Infra*, n° 138.)

4° En ce qui concerne la prescription, doit-on considérer la personne de l'absent, ou celle des envoyés provisoires? (*Infra*, n° 139.)

5° Les envoyés provisoires, s'ils sont héritiers à réserve, peuvent-ils agir contre un donataire entre-vifs, pour faire réduire la libéralité à la mesure de la quotité disponible? (*Infra*, n° 140.)

6° Le donateur avec droit de retour, l'appelé, le nu propriétaire, peuvent-ils être envoyés en possession provisoire, si l'absent avait aliéné l'objet donné, l'objet grevé de substitution ou l'usufruit? (*Infra*, n° 141.)

7° *Quid*, s'il l'avait seulement hypothéqué? (*Infra*, n° 142.)

8° Les créanciers chirographaires de l'absent pourraient-ils faire saisir et vendre ces biens-là dans les mains du donateur, de l'appelé, du nu propriétaire, envoyés en possession provisoire? (*Infra*, n° 143.)

9° La société que l'absent avait contractée, est-elle dissoute par l'effet de l'envoi provisoire? (*Infra*, n° 144.)

135. — Et d'abord, sur toutes ces questions et autres semblables, deux propositions sont certaines :

La première, c'est que si l'absent reparaît, ou s'il est prouvé que son décès a eu lieu à une époque postérieure à l'envoi en possession, l'envoyé provisoire n'aura été, même à l'égard des tiers, qu'un mandataire et un simple administrateur;

La seconde, c'est que si, au contraire, on n'a pas de nouvelles de l'absent, l'envoyé sera réputé, à l'égard des tiers, avoir été personnellement propriétaire, à dater du jour même de l'envoi.

Et c'est bien là précisément, c'est dans cette alternative douteuse, que réside toute la difficulté.

En attendant, quel est son rôle envers les tiers? et que doit-on voir en lui?

Je ne crois pas qu'il soit possible de répondre d'une manière générale et absolue sur ce point.

Je vais donc reprendre successivement chacune des questions que j'ai posées.

136. — 1° Examinons, avant tout, les rapports des envoyés provisoires avec les créanciers de l'absent.

A. —Les dettes se divisent-elles entre les héritiers ou autres successeurs envoyés en possession, comme elles se diviseraient, si la succession était véritablement ouverte? (Art. 870, 871, 873, 875.)

L'affirmative me paraît exacte; c'est, en effet, une sorte d'ouverture provisoire de la succession. La loi appelle chacun des héritiers ou autres successeurs pour sa part héréditaire, et par conséquent avec les droits et les charges seulement que comporte cette part. On veut d'ailleurs, autant que possible, établir une situation qui deviendra définitive, si l'absent ne reparaît pas; or, ce but ne serait pas atteint, et on manquerait même tout à fait de règles à cet égard, si chacun des envoyés pouvait être poursuivi pour le total par chacun des créanciers. Il y aurait là une source de recours sans fin (comp. Valette sur Proudhon, t. I, p. 269, note 6; de Moly, n° 734; de Plasman, p. 210, 212).

Je croirais aussi que l'article 877 devrait être applicable (Proudhon, t. I, p. 295; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 545; Massé et Vergé, t. I, p. 149).

B. — L'envoyé est-il tenu des dettes au delà de la valeur des biens, dont la possession lui a été accordée? — Faut-il, pour n'être pas tenu *ultra vires*, qu'il déclare au greffe n'accepter que sous bénéfice d'inventaire? (Art. 793.)

Je n'hésite pas à penser que cette déclaration n'est

pas nécessaire. La succession n'est pas ouverte (art. 130, 718; Bourges, 22 juillet 1828, Giraud, D., 1829, II, 287).

Il est vrai que *l'envoi* en est une sorte d'imitation, mais seulement dans les limites et avec les effets déterminés par la loi; or, on ne voit nulle part qu'elle oblige, ni explicitement, ni implicitement, les envoyés à payer les dettes *ultra vires*. La division des dettes est bien une conséquence virtuelle de la division du patrimoine; il est logique et raisonnable que l'unité passive se morcelle avec et comme l'unité active; mais rien n'autorise à dire que les envoyés puissent être tenus *ultra vires;* au contraire, la loi, en leur imposant le devoir de faire inventaire (art. 126), détermine ainsi, du moins indirectement, l'étendue de leur obligation.

Ajoutez enfin que l'obligation de payer les dettes *ultra vires* est un effet de la fiction juridique, par suite de laquelle l'héritier est la continuation de la personne elle-même du défunt (art. 724, 1220); or, on ne peut pas dire que l'envoyé continue la personne de l'absent; donc, il ne doit pas être tenu *ultra vires*, d'autant plus que les créanciers, avertis par la publicité des jugements (art. 118), peuvent veiller à la conservation de leurs droits.

Aussi, avons-nous vu que les envoyés peuvent, comme l'héritier bénéficiaire, réclamer sur les biens de l'absent le payement de leurs créances personnelles (art. 802-2°; *supra*, nos 107 et 108; Proudhon et Valette, t. I, p. 290-291; Duranton, t. I, p. 414, note 1; Talandier, p. 207; Zachariæ, Massé et Vergé, *loc. supra cit.*; Aubry et Rau, t. I, p. 547; Demante, t. I, n° 151 *bis*, V).

C. — Mais Proudhon, qui pense aussi que l'envoyé n'est tenu que jusqu'à concurrence de la valeur des biens de l'absent, enseigne qu'il en est tenu toutefois même sur ses biens personnels :

« Il est héritier, dit-il, par provision; il est donc per-

sonnellement obligé, puisqu'il représente l'absent sous un titre universel.... »

Je ne crois pas qu'il en soit ainsi.

En admettant même que l'envoyé provisoire doive être considéré comme héritier à l'égard des tiers (ce qui n'est vrai qu'avec beaucoup de réserve et de distinction), du moins sa position serait-elle tout à fait semblable à celle de l'héritier bénéficiaire, qui n'est pas tenu sur ses biens personnels (art. 803; Delvincourt, t. I, p. 48, note 4); autrement, l'envoi provisoire deviendrait une source d'embarras et de difficultés de toutes sortes; car enfin il faudrait donc des expertises, des évaluations, pour connaître la valeur des biens de l'absent, jusqu'à concurrence de laquelle les envoyés pourraient être poursuivis sur leurs biens propres! Il est beaucoup plus logique et plus naturel, dès que l'envoyé n'est tenu que jusqu'à concurrence de la valeur des biens de l'absent, qu'il ne soit aussi tenu que sur ces biens.

A la vérité, Pothier enseigne que la femme commune en biens est tenue sur ses biens personnels, dans un cas pourtant où elle n'est obligée que jusqu'à concurrence des biens de la communauté par elle recueillis (*Traité de la Communauté*, n° 737); et nous verrons que l'article 1483 paraît être la reproduction de cette doctrine.

Mais c'est là un cas singulier, qui ne doit pas être étendu. La femme, en effet, après l'acceptation de la communauté, est une associée obligée personnellement dès lors à toutes les dettes; et c'est déjà une grande faveur pour elle de n'être tenue que jusqu'à concurrence des biens qu'elle a recueillis (comp. Valette sur Proudhon, t. I, p. 294, note *a;* Zachariæ, Massé et Vergé, *loc. supra cit.*).

Mais il faut, bien entendu, que l'envoyé représente fidèlement tous les biens compris dans l'envoi; s'il en était autrement, il répondrait, sur ses propres biens, de ce fait qui lui serait personnel (art. 1382; *voy.* aussi art. 803).

137. — 2° Si l'envoyé a aliéné ou hypothéqué, pour son propre compte, un immeuble de l'absent, quel sera l'effet de cette aliénation, de cette hypothèque?

A. — Et d'abord, il a aliéné.

Cette aliénation a pu être faite de deux manières :

Ou l'envoyé a cédé ses droits tels quels, ses droits d'envoyé enfin, avec les conditions et les chances qui y sont attachées;

Ou bien il a vendu tout simplement la chose de l'absent comme la sienne.

Dans le premier cas, l'acquéreur sera l'ayant cause de l'envoyé, avec les mêmes obligations et les mêmes droits. Je crois, en conséquence, que si cet acquéreur faisait des dégradations, ou même de ces changements considérables, qui dépassent les pouvoirs d'un envoyé en possession, je crois, dis-je, que l'envoyé aurait qualité pour s'y opposer, et demander, au besoin, des garanties. Car, d'une part, il demeure toujours responsable envers l'absent, et d'autre part, il n'a transmis à l'acquéreur que des droits, qui l'obligent à se borner à des actes d'administration, tant que durera la situation de l'envoi provisoire.

Dans le second cas, l'envoyé a aliéné l'immeuble de l'absent comme s'il eût été dès actuellement le sien.

La nullité de cette aliénation peut-elle être demandée soit par l'envoyé lui-même, soit par l'acquéreur?

Par l'envoyé! mais comment cela se pourrait-il? le vendeur répond de ses faits personnels; toute convention contraire est nulle (art. 1628); or, l'envoyé a vendu; donc il ne peut lui-même évincer celui à qui il doit garantie : *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Ce n'est pas là d'ailleurs la vente de la chose d'autrui (art. 1599); qui sait si ce n'est pas sa propre chose, en effet, qu'il a aliénée! En tout cas, c'est sa faute de s'être exposé à des dommages-intérêts, s'il arrive qu'on ait des nouvelles de l'absent. Enfin ne se-

rait-il pas à craindre que l'envoyé qui connaîtrait le décès de l'absent n'en fît disparaître les preuves, précisément afin d'attaquer ainsi, en sa qualité d'envoyé, un contrat fait par lui et désormais inattaquable (Locré sur l'article 128; Duranton, t. I, n° 486; *voy.* aussi Angers, 28 août 1828; Delaunay, Sirey, 1828, II, 329; et Cass., 3 août 1829, Peignot, Sirey, 1829, I, 339).

Mais ne pourrait-on pas faire pourtant l'objection que voici :

L'envoyé, dans ce cas, a deux qualités, deux rôles : celui de vendeur, garant de son fait; celui d'envoyé, chargé par la loi de la conservation des biens dont la gestion lui est confiée. Il a pu sans doute sacrifier tout ce qui est de son intérêt privé et personnel; mais il n'a pu résigner le devoir qui lui est imposé de veiller à la garde du dépôt qu'il a reçu. C'est ainsi que le tuteur pourrait demander, *tutorio nomine*, la nullité de la vente qu'il aurait faite des biens de son pupille, et le mari, la nullité de la vente du fonds dotal, sauf à répondre personnellement des dommages-intérêts de l'acheteur (art. 1560). Que l'envoyé ne puisse pas conclure dès maintenant à la nullité du contrat et à la dépossession actuelle de l'acquéreur, on le conçoit encore; il est possible, en effet, que cette aliénation soit valable; et elle le sera certainement si on n'a pas de nouvelles de l'absent; mais en attendant, n'a-t-il pas le devoir, et dès lors le droit d'agir dans l'intérêt de l'absent, d'interrompre, par exemple, la prescription, de s'opposer aux dégradations que l'acquéreur voudrait faire?

Cette objection est très-sérieuse, mais elle ne me paraît pas toutefois décisive.

Je ne crois pas que la position de l'envoyé soit, sous ce rapport, la même que celle du tuteur et du mari, à l'égard desquels il ne saurait être douteux qu'en aliénant le bien du mineur ou de la femme, ils ont fait ce qu ils n'avaient pas droit de faire. Aussi est-ce surtout envers

l'absent lui-même que l'envoyé est déclaré responsable (art. 125); l'aliénation par lui faite a certainement engagé sa responsabilité à cet égard; mais c'est volontairement, à ses risques et périls, qu'il s'est placé dans cette situation, et il me paraîtrait bien difficile de lui accorder le droit de revenir lui-même, directement ou indirectement, contre l'engagement personnel par lui contracté envers les tiers (art. 1134, 1628; comp. Demante, t. I, n° 157 *bis*, III; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 546).

Quant à l'acquéreur, s'il a connu la qualité de l'envoyé, je ne pense pas qu'il puisse demander la nullité (art. 1629); mais dans le cas contraire, il pourrait opposer lui-même à l'envoyé son défaut de pouvoir (art. 128), afin de sortir d'une situation incertaine, qu'il n'aurait pas alors sciemment acceptée. (Comp. pourtant Zachariæ, Aubry et Rau, *loc. supra cit.*)

En tout cas, l'acquéreur pourrait prescrire, soit par trente ans (art. 2262), soit même, s'il était de bonne foi, par vingt ans, ou même aussi par dix ans (art. 2265), dans le cas extraordinaire que suppose M. Valette, où l'absent serait demeuré caché par un motif quelconque, et ne serait jamais sorti du ressort de la Cour impériale dans l'étendue de laquelle l'immeuble était situé (Valette sur Proudhon, t. I, p. 346, note *a*).

B. — Si l'envoyé provisoire a hypothéqué, pour son propre compte, un immeuble de l'absent, je ne crois pas, par les mêmes motifs, qu'il puisse demander la nullité de cette hypothèque. Qui peut dire, en effet, qu'elle soit nulle? Ne serait-elle pas, au contraire, valable *ab initio*, si on n'a pas de nouvelles de l'absent? Il y a donc lieu d'appliquer ici l'article 2125, et de considérer l'hypothèque comme accordée sous la condition qui affecte le droit de l'envoyé lui-même.

Mais le créancier voudrait, *hic et nunc*, procéder à l'expropriation : le peut-il?

Pourquoi pas? dira-t-on : l'envoyé aurait pu vendre, ainsi que nous venons de le voir; or, son créancier a le droit de faire en son nom ce qu'il aurait pu faire lui-même (art. 1166); d'autant plus qu'en lui accordant une hypothèque, il lui a même virtuellement concédé le droit de faire vendre cet immeuble. L'adjudicataire, d'ailleurs (et le cahier des charges en contiendrait la clause), serait seulement substitué au droit éventuel de l'envoyé. Sous ces réserves, pourquoi l'expropriation ne serait-elle pas possible?

Elle ne l'est pas pourtant, du moins je le pense. L'hypothèque n'est pas nulle actuellement, mais elle n'est pas non plus actuellement valable; il est donc nécessaire d'attendre. A la vérité, si l'envoyé avait aliéné, j'ai dit qu'il ne pourrait pas revenir lui-même contre cette aliénation. Mais telle n'est pas notre espèce; ce n'est qu'une hypothèque qu'il a consentie; et pour qu'il fût exproprié, il faudrait que la justice elle-même, en prononçant l'adjudication, sanctionnât ainsi l'aliénation que l'envoyé ferait des biens de l'absent; or il ne me paraît pas possible que la justice prête son concours et son autorité à un acte qui dépasse les pouvoirs légaux de l'envoyé (art. 125, 128); elle ne le pourrait pas sans dénaturer totalement son droit, sans en faire une véritable propriété sous condition résolutoire; tel n'est pas absolument du moins son caractère, même à l'égard des tiers (*voy.* n° suivant; comp. Demante, t. I, n° 146 *bis*, IV).

138. — 3° Ce que je viens de dire a d'avance résolu notre troisième question, celle de savoir si les créanciers personnels de l'envoyé provisoire peuvent exercer des droits sur les biens compris dans l'envoi.

Zachariæ me paraît énoncer, à cet égard, une proposition trop générale, en disant que « les hypothèques légales ou judiciaires qui grèvent les propres immeubles « des envoyés ne s'étendent pas sur ceux de l'absent. » (T. I, p. 303-5°.)

Cela est vrai en ce sens que les créanciers personnels de l'envoyé ne peuvent pas actuellement faire saisir ni vendre ces immeubles.

Mais je ne vois pas pourquoi ils ne pourraient pas inscrire leurs hypothèques du chef de l'envoyé, d'après l'article 2125, puisque, si on n'a pas de nouvelles de l'absent, cet envoyé sera réputé avoir été propriétaire dès le jour même de l'envoi (comp. Rouen, 22 juillet 1840, Surget, Dev., 1840, II, 415). C'est là, en quelque sorte, une mesure conservatoire qui est utile aux créanciers, sans nuire à l'absent, et qui peut, en outre, prévenir beaucoup de fraudes de la part des envoyés.

Aussi nos savants collègues MM. Aubry et Rau enseignent-ils une doctrine contraire à celle du jurisconsulte allemand.

139. — 4° En ce qui concerne la prescription, doit-on considérer la personne de l'absent ou celle des envoyés provisoires?

Cette question suppose que la prescription court contre les absents; et tel est, en effet, notre droit: la prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elle ne soit dans quelque exception établie par une loi (art. 2251); or, aucune exception n'a été établie en faveur des absents. Une loi toute spéciale du 6 brumaire an v avait seulement suspendu la prescription en faveur des défenseurs de la patrie. L'article 1676 du Code Napoléon semblerait, à la vérité, supposer qu'elle est, en général, suspendue pour tous les absents. Mais c'est là une disposition purement énonciative, qui, n'étant pas renouvelée au siége même de la matière, ne saurait certainement suffire pour établir cette exception. Remarquez, d'ailleurs, que l'organisation tout entière de l'absence a pour but de conserver les droits de l'absent, et de faire interrompre, à cet effet, les prescriptions par des agents, par des mandataires (art. 112, 120, 134). Enfin, l'article 137 fournit encore une nouvelle preuve du principe que la prescrip-

tion n'est pas suspendue par l'absence (comp. Troplong, *De la prescription*, t. II, n° 709).

Eh bien donc ! si l'absent est majeur et l'envoyé provisoire mineur, la prescription courra-t-elle, ou sera-t-elle, au contraire, suspendue ? et de même *vice versa ?*

Duranton enseigne « qu'il faut, pour savoir si son « cours a été ou non suspendu depuis la disparition jus« qu'à la demande, considérer uniquement la qualité de « l'absent ; c'est le véritable adversaire des tiers, en sorte « qu'un envoyé en possession ne pourrait exciper de sa « minorité pour prétendre que la prescription n'a point « couru depuis la disparition, parce que l'article 120, « en accordant l'envoi aux plus proches héritiers à cette « époque, paraît supposer que l'absent est décédé dans « le même temps ; car l'envoyé en possession provisoire « n'est toujours qu'un dépositaire avec mandat et n'est « point réellement l'adversaire des tiers. Or, comme « ceux-ci pourraient, on le suppose, opposer la prescrip« tion à lui-même, si c'était lui qui formait la demande, « par la même raison, ils doivent pouvoir l'opposer à son « mandataire ; le fait de l'absence ne doit pas changer « leur position. » (T. I, n° 295 ; comp. Rennes, 13 mars 1862, Rosselot, Dev., 1862, II, 193 ; Metz, 19 août 1864, Gobron, Dev., 1865, II, 64.)

Cette solution n'est peut-être pas tout à fait en harmonie avec une autre opinion du même auteur, qui enseigne que l'envoyé ne peut pas demander la nullité de l'aliénation qu'il a consentie (t. I, n° 486). Est-ce qu'en effet, l'envoyé majeur qui laisse la prescription s'accomplir, n'aliène pas ainsi, en ce qui le concerne ? *Vix est enim ut non videatur alienare, qui patitur usucapi* (I, 28, pr., ff., *de Verb. signif.*).

Quoi qu'il en soit, je pense que c'est eu égard à la personne de l'envoyé que les questions de prescription doivent être décidées.

Deux points sont certains :

1° Si l'absent reparaît, c'est envers lui-même que la question de prescription devra être appréciée ;

2° S'il ne reparaît pas, c'est envers l'envoyé, réputé dès lors propriétaire à compter des dernières nouvelles.

Cela posé, il ne s'agit que de savoir ce qu'on doit décider éventuellement?

Or, il me semble que c'est ici la présomption de mort qui doit, en attendant, faire la règle ; cela est conforme à toute la théorie de la loi, en ce qui concerne les biens qui appartenaient à l'absent à l'époque de ses dernières nouvelles ; car ceux qui ont sur ces biens des droits subordonnés à son décès les exercent surtout en vertu de cette présomption ; et puisqu'elle est leur titre à eux-mêmes, ils ne doivent pas la méconnaître.

Si donc l'envoyé est majeur, il ne pourra pas opposer aux tiers la minorité de l'absent pour soutenir que la prescription n'a pas couru ; car il faudrait qu'il prouvât son existence.

Si, au contraire, l'envoyé est mineur ou interdit, les tiers ne pourront pas se prévaloir de la majorité de l'absent ; car il faudrait, à leur tour, qu'ils fournissent la preuve de son existence, sans laquelle leur prétention ne serait pas fondée (comp. Merlin, *Rép.*, t. XVI, p. 28, n° 2 ; Delvincourt, t. I, p. 48, note 4 ; Valette sur Proudhon, t. I, p. 289, note *a* ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 545 ; Massé et Vergé, t. I, p. 150 ; Demante, t. I, n° 157 *bis*, V).

Seulement, dans ces deux cas, il sera juste d'admettre, de part et d'autre, des réserves. Ainsi, le tiers qui n'aurait pas pu prescrire à raison de la minorité de l'envoyé, pourra faire ses réserves pour le cas où des nouvelles reçues de l'absent majeur prouveraient que c'est contre lui que la prescription a couru et s'est accomplie. De même, l'envoyé majeur qui aurait laissé la prescription s'accomplir, pourrait et devrait même faire ses réserves dans l'intérêt éventuel de l'absent mineur ou interdit ; et

je comprendrais même, dans ce cas, qu'il obtînt du tribunal, suivant les circonstances, l'emploi de certaines mesures conservatoires, car, malgré l'espèce d'affinité, qui, sous quelques rapports, existe entre l'aliénation directe et la prescription, il n'y aurait pas ici, comme dans le cas de vente, ce fait positif, cet engagement personnel enfin, qui m'a paru devoir alors rendre l'envoyé non recevable (*supra*, n° 134; comp. Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 134; Valette sur Proudhon, t. I, p. 289, note *a*; Zachariæ, Massé et Vergé, t. I, p. 150; Aubry et Rau, t. I, p. 545).

140. — 5° Les envoyés provisoires, s'ils sont héritiers à réserve, peuvent-ils agir contre les donataires entre-vifs de l'absent, pour faire rentrer les libéralités excessives dans les limites de la quotité disponible? (Art. 913, 915, 1094, 1098.)

Pour l'affirmative, on pourrait raisonner ainsi :

1° Il résulte des articles 120 et 123 que la loi, dès l'ouverture de la seconde période, autorise l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés au décès de l'absent; or tel est bien le droit de l'héritier réservataire (art. 920, 1090); donc, il peut, dès ce moment, l'exercer.

2° La loi veut effectivement établir ainsi une situation, qui pourra devenir définitive dans le cas où l'on n'aurait pas de nouvelles de l'absent; or, si l'envoi provisoire n'ouvrait pas, au profit des héritiers, les droits que la succession elle-même ouvrirait, aucun arrangement durable ne serait possible entre eux; et il faudrait toujours tout recommencer ensuite.

3° Le système contraire ne serait-il pas d'ailleurs déplorable! Paul a donné entre-vifs 100 000 fr. à Pierre; il le pouvait alors! il était riche! mais depuis, toutes sortes de pertes et de malheurs l'ont ruiné; et il a perdu la tête! et il a disparu! Au bout de cinq ans, ses enfants font déclarer l'absence et demandent l'envoi en posses-

sion des biens de leur père. Des biens! mais il n'y en a pas! il n'y a plus rien! Et, dans de telles circonstances, on refuserai aux enfants le droit de réclamer contre le donataire la réserve, que la loi leur assure, la réserve, qui représente, en grande partie pour eux, les aliments qui leur sont dus! Voyez-vous ce donataire entre-vifs jouissant des 100 000 fr. en présence de ces enfants qui peut-être n'ont pas de moyens d'existence!

4° Et combien de temps durera un tel spectale? A quelle époque enfin l'action en réduction s'ouvrira-t-elle contre le donataire? Il faudra bien qu'elle s'ouvre un jour, apparemment! Eh bien, pourtant, le système contraire ne peut pas fixer cette époque sans arbitraire et sans inconséquence.

Sera-ce à l'époque de l'envoi définitif? Mais remarquez donc que, sauf le cas particulier où l'époux présent a opté pour la continuation de la communauté (art. 124), l'envoi définitif n'ouvre pas des droits nouveaux; tel n'est pas son but ni son effet; il affermit, il consolide seulement la situation établie par l'envoi provisoire; il en est le développement et le terme; aussi s'applique-t-il aux mêmes personnes et aux mêmes biens. Comparez, en effet, les articles 120 et 123, d'une part, avec l'article 129, de l'autre; vous y trouverez absolument les mêmes mots; et si, au moment de l'envoi provisoire, vous invoquez les articles 120 et 123 pour prétendre qu'il ne s'applique *qu'aux biens de l'absent*, prenez garde! car les mêmes expressions se trouvent dans l'article 129, et par conséquent se retourneront alors contre vous, quand, après avoir refusé l'action en réduction lors de l'envoi provisoire, vous voudrez l'accorder lors de l'envoi définitif.

Telle est, en effet, la solution qui, depuis notre première édition, dans laquelle nous avons soulevé cette thèse, a été adoptée par Demante (t. I, n° 152 *bis*, IV à VI).

Je ne conteste pas certes toute la gravité de ces motifs ; mais je pense néanmoins que les envoyés provisoires n'ont pas le droit d'agir en réduction contre le donataire entre-vifs.

1° Il est incontestable que les articles 120 et 123, d'accord avec l'intitulé de la section qui les renferme, n'appliquent l'envoi en possession provisoire qu'*aux biens de l'absent...,* qu'*aux biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles ;* voilà le texte même de la loi !

Or, les biens que l'absent avait donnés entre-vifs ne lui appartenaient plus.

Donc, ils ne peuvent pas faire partie de l'envoi provisoire. J'arriverai tout à l'heure à l'article 129 ; mais, on le voit, les textes qui déterminent quels biens sont compris dans l'envoi provisoire sont formels et positifs.

2° Et il y a de grandes différences, en effet, entre les biens qui appartenaient à l'absent, et les biens qui appartenaient à des tiers, donataires ou autres.

L'absent, lui, si j'osais m'exprimer ainsi, a *quitté la place ;* et s'il n'est pas juste *qu'il la perde* absolument, du moins ne peut-il pas se plaindre qu'un autre l'occupe à titre provisoire.

Considérez-vous la personne même de l'absent? envers lui, la présomption de mort est très-logique et très-équitable. Eh mon Dieu ! qu'il donne donc de ses nouvelles, s'il est vrai qu'on ait tort de présumer, en ce qui le concerne, le décès !

Considérez-vous les biens qui lui appartenaient ? mais ils sont vacants et abandonnés ; ces biens-là, il faut, de toute nécessité, les faire administrer par quelqu'un, et il est naturel de choisir ceux-là qui, si l'absent est, en effet, décédé, les conserveront pour eux-mêmes. Tout cela est juste, vis-à-vis de l'absent lui-même et quant aux biens par lui délaissés. Aussi est-ce seulement dans

cette limite qu'il est vrai de dire que la présomption de mort prédomine.

Mais pour les tiers, oh! c'est tout différent. Ils sont là, eux, possédant et administrant les biens qui leur appartiennent; ces biens pourraient, à la vérité, leur être enlevés en cas de mort de l'absent, par exemple au moyen d'une action en réduction (art. 920). Oui, en cas de mort! mais la mort de l'absent n'est pas prouvée. Vous êtes demandeurs contre eux! prouvez donc le fondement de votre action. Contre l'absent lui-même, la loi la présume, et c'est bien fait! mais, à l'égard des tiers, elle ne présume ni sa vie ni sa mort; c'est à celui qui affirme l'une ou l'autre à prouver en effet l'une ou l'autre; *onus probandi incombit ei qui dicit* (L. 2, ff. *de Probat.*).

Et autrement, n'y aurait-il pas aussi beaucoup de dangers et d'abus possibles? Eh bien donc! cet homme, ruiné de tous points, a disparu; s'il ne donne pas de ses nouvelles pendant cinq ans, vous permettrez, dites-vous, à ses enfans de déposséder les tiers de la propriété qui leur appartient! Mais alors il se gardera bien de donner de ses nouvelles, ou plutôt il en donnera à ses enfants, afin de se concerter avec eux pour reconquérir ensemble la propriété dont il s'était dessaisi. Les enfants se garderont bien aussi de dire que leur père existe encore; et les tiers, un tiers détenteur peut-être (art. 930), sans aucune relation de parenté, d'amitié ou d'affaires avec l'individu qui a disparu, se trouvera victime d'une fraude qu'il serait dans l'impossibilité de déjouer!

J'ai déjà remarqué aussi que la caution n'est exigée de l'envoyé provisoire que dans l'intérêt de l'absent (*supra*, n° 132); or, dans notre espèce, elle devrait être fournie dans l'intérêt du donataire dépossédé!

Ce n'est pas tout : et les fruits? les laisserez-vous à ceux qui auront dépossédé le donataire, s'il est prouvé que l'absent existe encore? Mais le texte de l'article 127

n'accorde aussi la retenue des fruits qu'à ceux *qui ont joui des biens de l'absent*; et en cela cette disposition est juste, parce qu'encore une fois, l'absent doit s'imputer d'avoir abandonné ses biens. Mais elle serait sans raison et sans justice envers le donataire, que les héritiers présomptifs de l'absent auraient mal à propos dépouillé; car ils se trouveraient ainsi récompensés, à son préjudice, de leur indue possesion !

Ajoutez enfin qu'après tout, le droit du donataire est actuel et certain; tandis que celui des héritiers présomptifs est éventuel et douteux, et que, sous ce rapport, le donataire doit encore être préféré et maintenu.

Tout ce que je viens de dire me paraît prouver qu'en effet, d'après le Code Napoléon, les envoyés provisoires n'acquièrent pas, de leur propre chef, des droits contre les tiers. MM. Aubry et Rau viennent de se ranger aussi à notre doctrine, dans leur nouvelle édition sur Zachariæ, (T. I, p. 547; Orléans, 17 janv. 1862, Hardy, Dev., 1862, II, 55; Cass., 23 janv. 1865, Poupardin, Dev., II, 69; *voy*. toutefois, en sens contraire, Bordeaux, 25 juin 1835, Flourens, D., 1835, II, 129.)

Ce système est fondé sur des raisons assurément très-sérieuses. Pourtant, j'en ferai volontiers l'aveu, je crois qu'il est permis de dire que le Code Napoléon n'a pas véritablement prévu cette hypothèse, que, par conséquent, il n'a pas songé à la résoudre.

Le Code Napoléon s'est occupé de deux sortes de biens :

1° De ceux qui appartenaient à l'absent lors de son départ ou de ses dernières nouvelles (art. 120, 123);

2° Des droits éventuels qui peuvent s'ouvrir ensuite à son profit (art. 135, 126).

Mais il y a une troisième classe, que l'absence peut très-souvent aussi mettre en scène : ce sont les biens qui appartiennent à des tiers sous une condition résolutoire subordonnée à la mort de l'absent, comme celui de l'héritier présomptif donataire sans dispense de rapport (*supra*,

n° 132), celui du donataire étranger sujet à réduction, et encore de plusieurs autres (*infra*, nos 141 et suiv.).

Eh bien! je le répète, le Code Napoléon ne me paraît pas s'être occupé de ces questions-là; et s'il est vrai, comme j'essaye de le prouver, qu'il les ait résolues en ce sens que l'envoi provisoire ne s'applique pas à cette espèce de biens, savoir aux biens possédés par des tiers, je conviens que ce n'est qu'indirectement et implicitement, et peut-être sans le savoir, qu'il les a ainsi résolues.

Cet oubli est surprenant, sans doute; car il était très-naturel, au moment où l'on réglementait une sorte d'ouverture provisoire de la succession, de penser à tous les intérêts que l'ouverture de la succession peut produire; et certes, les questions de rapport et de réduction et d'autres encore sont des actions très-ordinaires, très-fréquentes en pareil cas.

Quoi qu'il en soit, le fait est que le législateur ne s'en est pas occupé; et ce n'est pas, dès lors, sans embarras qu'il est possible de les résoudre.

Je me suis borné jusqu'à présent à établir que l'envoi provisoire ne donne pas ouverture à ces sortes d'actions contre les tiers. (Comp. Caen, 24 févr. 1872, Gonnel, Dev., 1872, II, 241; et le Recueil des arrêts des Cours de Caen et de Rouen, qui renferme des observations excellentes de M. l'avocat général de Panthou, 1872, p. 126 et suiv.)

Mais alors, à quelle époque s'ouvriront-elles?

L'action en réduction et autres actions semblables ne peuvent être intentées que lors de l'ouverture de la succession (art. 920, 1090);

Or, à aucune époque la succession n'est ouverte par l'absence (art. 130, 718);

Donc, ces sortes d'actions ne s'ouvrent qu'autant que le décès est prouvé.

L'argument est en forme, et me paraît d'autant plus pressant, que l'article 129, ainsi que je le remarquais

tout à l'heure, ne comprend lui-même dans l'envoi définitif que *les biens de l'absent.*

Mais pourtant, où allons-nous avec cette logique radicale?

Nous arrivons à dire qu'en vérité jamais ces actions-là ne s'ouvriront, puisque précisément l'absence, c'est le défaut absolu de nouvelles; or, un tel résultat n'est véritablement pas possible, et je crois que nous en trouverons assez dans le Code Napoléon pour y échapper et pour être autorisés à dire que les actions contre les tiers, subordonnées au décès de l'absent, sont ouvertes par l'envoi définitif.

Et d'abord, dans l'ancien droit, l'absent était, en général, présumé mort, envers et contre tous, lorsqu'il s'était écoulé cent ans depuis sa naissance (*supra*, nos 3 et 4); et alors l'action en réduction contre les donataires était admise, ainsi que le parlement de Paris l'a jugé par arrêt du 13 juillet 1654 (Lebrun, *des Successions*, liv. I, chap. I, sect. I, n° 7; et Merlin, *Quest. de droit*, t. I, p. 5, v° *Absent*, § 3);

Or, il est certain que le Code Napoléon a augmenté les droits des successeurs de l'absent (*supra*, nos 4 et 5);

Donc, nous ne saurions admettre qu'une action que l'ancien droit leur accordait leur fût aujourd'hui refusée.

Cela posé, c'est la même chose sous notre Code, qu'il se soit écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent, ou trente ans depuis l'envoi provisoire (art. 129); la situation, dans les deux cas, est la même et produit les mêmes effets; donc l'envoi définitif doit donner ouverture aux actions que la succession véritable ouvrirait, même contre les tiers.

L'article 129 ne parle aussi que *des biens de l'absent*, il est vrai; mais pourtant, voyez quelle différence sépare l'envoi provisoire de l'envoi définitif! rien alors, aucune résistance ne peut arrêter l'exercice des droits subordon-

nés à la condition du décès, et l'époux commun en biens est obligé lui-même de se rendre! (Art. 124.)

Or, de cet article 124, je tire précisément deux conséquences :

La première, c'est qu'en effet les droits subordonnés au décès de l'absent n'ont pas, dans la période de l'envoi provisoire, assez d'énergie encore pour s'exercer contre les tiers sans la preuve du décès, puisqu'il dépend de l'époux présent, en optant pour la continuation de la communauté, de les tenir en échec pendant trente ans; et remarquez pourtant qu'il s'agit là des droits sur les biens de l'absent lui-même!

La seconde, c'est qu'après ces trente ans, après l'envoi définitif, la communauté elle-même est dissoute; et c'est là, notons-le bien, un droit qui s'exerce contre un tiers au profit des héritiers de l'absent, un droit subordonné à son décès, contre son époux survivant (art. 1441); d'où je conclus qu'à cette époque ces sortes de droits peuvent être exercés même contre les tiers. Et c'est bien alors, en effet, qu'il est vrai de dire que la loi veut établir une situation qui devra demeurer *définitive*, si on n'a pas de nouvelles de l'absent; elle doit donc permettre de tout régler définitivement, comme si le décès était prouvé.

141. — 6° Je n'ai parlé, dans le numéro qui précède, que de l'action en réduction contre un donataire.

Mais bien d'autres hypothèses encore pourraient donner lieu aux mêmes questions.

Supposez, par exemple, que l'absent a aliéné le bien qui lui avait été donné entre-vifs avec stipulation du droit de retour (art. 950, 952), ou le bien grevé dans ses mains de substitution, ou même l'usufruit, qui lui appartenait sur le bien d'un tiers (art. 595).

Appliquerez-vous alors l'article 123, et accorderez-vous l'envoi en possession provisoire au donateur? à l'appelé? au nu propriétaire?

La négative semble, à première vue, difficile à admettre, surtout en ce qui concerne le nu propriétaire (*supra*, n° 93; comp. Demante, t. I, n° 152 *bis*, IV et VI).

Et pourtant, tous les principes que je viens de présenter me paraissent exiger ici la même solution qu'en ce qui concerne l'action en réduction contre un donataire entre-vifs; car la situation me semble effectivement la même (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 548).

142. — 7° Que décider si, au lieu d'aliéner, l'absent avait seulement hypothéqué l'immeuble à lui donné avec stipulation de retour, ou grevé dans ses mains de substitution, ou dont il était usufruitier? ou s'il avait consenti une servitude?

L'envoi en possession aura lieu dans ce cas, puisque le bien appartient encore à l'absent; mais l'hypothèque et la servitude seront-elles résolues, comme elles le seraient en cas de décès prouvé? (art. 952, 1069, 1070, 617).

Je ne le crois pas; c'est là encore un droit contre un tiers; or, ces sortes de droits ne sont pas ouverts par l'envoi en possession provisoire. Pourquoi, dans le doute où l'on est toujours, préférer la prétention incertaine de l'envoyé au droit certain du créancier hypothécaire? celui-ci pourra donc faire vendre l'immeuble. Mais je pense que, dans ce cas, le donateur, l'appelé, le nu propriétaire, seront en droit de faire des réserves, et d'exiger que l'acte d'adjudication stipule que, dans le cas où l'on n'aurait aucune nouvelle de l'absent, le droit de l'adjudicataire sera résolu à leur profit. Et en effet, si l'absence se prolonge, il sera prouvé rétroactivement que leur droit était ouvert à l'époque même des dernières nouvelles.

Toutes ces solutions peuvent ne pas paraître satisfaisantes, j'en conviens.

Comment! retarder pendant trente ans l'action en réduction au préjudice de l'héritier réservataire, l'exercice

du droit de retour au préjudice du donateur! et tout cela, lorsque personne n'a reçu, depuis plus de cinq ans, pour le moins, aucune espèce de nouvelles! Mais, mon Dieu! est-ce que les absents déclarés ne sont pas tous ou presque tous des gens décédés! Le retour d'un absent déclaré, ce serait presque une résurrection et un miracle! Voilà, direz-vous, la vérité du fait! voilà ce que chacun comprend comme par instinct! et dès lors il n'est pas raisonnable de sacrifier des droits à une éventualité comme celle-là, si évidemment improbable!

Eh bien! je ne crains pas de le dire, c'est là un instinct, c'est là une impression, contre lesquels il importe de se mettre en garde dans l'étude de ce sujet et pour la solution de toutes les difficultés qu'il soulève; car on méconnaîtrait le véritable système de la loi, qui n'a créé qu'un état de doute et d'incertitude, plus ou moins grave seulement eu égard à la durée de l'absence; on ferait enfin tout de suite, et *de plano*, de l'envoi provisoire un véritable envoi définitif!

143. — 8° Mais, de conséquence en conséquence, n'allons-nous pas être entraîné jusqu'à dire que même les créanciers chirographaires de l'absent pourront faire saisir et vendre, jusque dans les mains du donateur envoyé en possession, l'immeuble par lui donné à l'absent avec stipulation du droit de retour? et aussi que le bien grevé de substitution, le bien dont l'absent était usufruitier, pourront être également saisis par eux dans les mains de l'appelé et du nu propriétaire?

Les envoyés, dira-t-on, sont des mandataires de l'absent, et ne peuvent pas, dès lors, avoir d'autres droits que les siens (Duranton, t. I, n° 495); or, ces biens-là pourraient être expropriés dans les mains de l'absent par ses créanciers chirographaires; donc, ils peuvent l'être aussi dans les mains des envoyés provisoires. Et puis, ceux-ci exerceraient des droits, de leur propre chef, contre les tiers, s'ils pouvaient soustraire ainsi aux poursuites

des créanciers les biens qui formaient leur gage; or, les envoyés n'ont pas de droits de leur chef contre les tiers (*supra*, n° 140).

Ces arguments ne sont pas dénués de force assurément. Mais cette fois pourtant, je pense que les créanciers chirographaires n'auraient pas le droit d'exercer des poursuites sur ces biens :

1° La présomption de mort n'a lieu, à la vérité, qu'à l'égard des biens qui appartenaient à l'absent; mais, du moins, dans cette mesure, est-il vrai de dire qu'elle prédomine; or, les biens dont nous parlons, n'étaient affectés, dans ses mains, d'aucun droit réel; ils lui appartenaient en pleine et entière propriété; et l'envoi en possession ne résout alors aucun droit réel au préjudice des tiers.

2° Les créanciers chirographaires, en effet, n'ont pas précisément de droit déterminé sur tel ou tel bien spécialement; ils ont accepté d'avance toutes les chances de l'avenir, toutes les éventualités qui pouvaient diminuer, diviser, affecter enfin d'une manière quelconque le patrimoine de leur débiteur; ils n'ont, en un mot, de droits que de son chef, et comme ses ayants cause; et les droits dès lors, qu'on a contre lui, on les a également contre eux.

3° Enfin, cette solution n'est-elle pas la conséquence du principe que nous avons établi (*supra*, n° 136), que l'envoi en possession provisoire opère la division des dettes comme dans le cas d'ouverture de la succession; or, dans le cas d'ouverture de la succession, les ayants cause à titre particulier ne sont pas tenus des dettes envers les créanciers (art. 874, 1020, 952); donc, il en doit être de même des envoyés en possession à titre particulier.

Je ne penserais même pas que les créanciers pussent faire saisir la portion de fruits, le cinquième ou le dixième, que le donateur, l'appelé, le nu-propriétaire

sont tenus de réserver : car, 1° d'après l'article 127, ce n'est qu'à l'absent, s'il reparaît (ou si on a de ses nouvelles), que cette restitution doit être faite ; 2° après trente ans d'absence, la totalité des revenus, même antérieurs, appartient aux envoyés ; 3° enfin, et en attendant, c'est la présomption de mort qui domine en ce qui concerne ces biens, sur lesquels, en effet, la loi autorise l'exercice provisoire des droits subordonnés au décès de l'absent.

J'en conviendrai pourtant, c'est là, sous quelques rapports, accorder à l'envoi provisoire un effet contre les tiers ; c'est accorder aux envoyés provisoires contre les tiers un droit de leur propre chef, un droit que l'absent lui-même n'avait pas. Tout cela n'est pas très-net, très-franc ; mais qu'y faire ? Nous verrons bien plus encore ! nous verrons, par exemple, le mari, dont la femme est déclarée absente, forcé, s'il est marié sous le régime dotal ou sous le régime exclusif de communauté, forcé, dis-je, de restituer la dot aux héritiers présomptifs de sa femme ! Et certes, c'est bien là une action qui n'appartenait pas à la femme ; car la dot, sauf le cas exceptionnel de la séparation de biens, ne devait être restituée qu'à la dissolution du mariage ; et dès lors le mari, logiquement, et d'après les principes exposés plus haut, le mari devrait avoir le droit de la retenir pendant toute la durée de l'envoi provisoire, tant que les héritiers présomptifs de la femme, demandeurs en restitution de la dot, ne prouveraient pas contre lui la mort de la femme.

Tout cela démontre assurément que le système du Code Napoléon sur l'absence n'est pas complet, ni même bien préconçu et bien coordonné sur tous les points. Mais il n'en résulte pas, ce me semble, que les solutions que j'ai proposées, ne doivent pas être suivies ; car ces objections, ou plutôt ces espèces de contradictions qu'on signale dans le Code, ne me paraissent pas détruire les principes sur lesquels je les ai fondées.

144. — 9° M. de Moly enseigne (n° 735) que l'ab-

sence même déclarée de l'un des associés n'est pas une cause de dissolution de la société (art. 1865), sauf à invoquer, s'il y a lieu, l'application des articles 1869 et 1871.

Cette solution me paraît, en effet, exacte par tous les motifs que j'ai développés dans les *numéros* qui précèdent.

L'envoyé provisoire ou les associés présents qui soutiendraient que la société est dissoute par la mort de l'absent, seraient demandeurs et devraient, en conséquence, prouver le fondement de leur action ; car la loi ne présume ni la vie ni la mort, si ce n'est envers l'absent lui-même, et quant aux biens qui lui appartenaient ; or, il s'agit ici d'un contrat fait avec des tiers, et à l'égard duquel elle n'a établi aucune présomption de décès. On pourrait même aussi invoquer, en ce sens, l'article 124, qui permet au conjoint présent de continuer la communauté (comp. Orléans, 17 janv. 1861, Hardy, Dev., 1862, II, 55; Cass., 23 janv. 1865, Poupardin, Dev., 1865, I, 69).

145. — Les principes que je viens de développer, doivent également servir à résoudre une question autrefois et même encore aujourd'hui très-controversée, la question de savoir si l'absence de l'unique enfant d'un donateur entre-vifs doit faire considérer ce donateur comme n'ayant pas d'enfant au moment de la donation, et si dès lors la révocation doit s'accomplir soit par survenance d'un autre enfant, soit même par le retour de l'absent (art. 960).

Ricard (*des Donations*, part. III, n° 596), et Pothier (*des Donations entre-vifs*, sect. III, art. 2, § 2), enseignaient, dans l'ancien droit, l'affirmative.

Sous le Code Napoléon les auteurs sont divisés :

Les uns admettent la révocation, à quelque époque que la donation ait été faite, soit pendant la présomption d'absence, soit après l'absence déclarée (Grenier, *des*

Donations, t. I, n° 183; Delvincourt, t. II, p. 77, note 4).

D'autres, au contraire, nient la révocation, si la donation a eu lieu pendant la présomption d'absence; mais ils l'admettent, si c'est après l'absence déclarée qu'elle a été faite (Dalloz, *Rec. alph.*, t. V, p. 593, v° *Disp. entre-vifs*, chap. v, sect. iii, n° 13; Demante, t. IV, n° 103 *bis*, XI).

La troisième opinion enfin n'admet pas la révocation, lors même que la donation aurait eu lieu après la déclaration d'absence (Toullier, t. V, n° 299; Duranton, t. VIII, n° 583).

Et telle est, suivant nous, la vraie solution :

Il ne faut pas généraliser la présomption de mort pendant la période de l'envoi provisoire; il importe au contraire de la restreindre dans les limites que la loi lui a tracées. Au delà, c'est le doute, c'est l'incertitude entre la vie et la mort; et par conséquent, c'est à celui qui affirme l'une ou l'autre, à prouver son affirmation. La donation faite par un homme dont l'unique enfant était absent, même déclaré, ne saurait donc être révoquée en vertu de l'article 960. Est-ce en effet l'absent qui est de retour? il est alors prouvé que le donateur n'était pas sans enfant existant au moment de la donation. Est-ce un autre enfant qui lui est survenu? c'est à ceux qui prétendent que l'enfant absent était décédé à l'époque de la donation à en faire la preuve. Tous les autres motifs qu'on présente dans l'intérêt du donateur, qui, dit-on, a dû croire son enfant perdu, et qui n'a donné que dans cette persuasion, tous ces motifs sont impuissants en présence du texte même des articles 894 et 960. Le donateur pouvait, avec un peu de prévoyance et de sollicitude, insérer pour ce cas une condition résolutoire dans la donation; et il doit s'imputer de ne l'avoir pas fait.

Toutefois, je raisonne ainsi pour le cas où l'on se trouve encore dans la période de l'envoi provisoire;

mais, après l'envoi définitif, je croirais moi-même que l'article 960 serait devenu applicable, par la raison que j'ai précédemment développée, savoir : qu'à dater de cette époque, l'absent est réputé mort, envers et contre tous, à partir de ses dernières nouvelles et que les droits subordonnés à son décès s'exercent même contre les tiers.

Et de là, il faudrait conclure qu'à quelque époque que la donation eût été faite, pourvu que ce fût, bien entendu, depuis la disparition de l'enfant du donateur, cette donation aurait été révoquée par la survenance d'un autre enfant, à quelque époque aussi qu'il fût né depuis; et cette révocation se réaliserait, lorsqu'une fois la période de l'envoi définitif arrivée, la présomption, qui reporte le décès de l'absent à l'époque de ses dernières nouvelles, serait ainsi devenue opposable, même aux tiers.

Mais quant au retour de l'absent lui-même, il ne pourrait, en aucun cas, selon moi, opérer la révocation (art. 960; comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. III, n° 751).

145 *bis* (1). — Enfin on peut demander encore si les actes sous seing privé, émanés de l'absent, qui n'ont pas acquis date certaine, suivant les conditions déterminées par l'article 1328, font foi de leur date, contre les tiers, à compter du jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.

Cette question peut se présenter dans deux hypothèses différentes :

Ou bien celui auquel l'acte sous seing privé est opposé ne tient pas des envoyés en possession le droit, qui se trouvait compromis par cet acte;

Ou, au contraire, il tient son droit des envoyés en possession.

A. — Occupons-nous d'abord de la première hypothèse.

Toullier, par exemple, suppose cette espèce :

« Après avoir vendu le fonds Cornélien par acte sous seing privé, Caius disparaît sans qu'on sache ce qu'il est devenu. Ses héritiers présomptifs se font envoyer en possession de ses biens. Après plus de quinze ans d'absence, Titius revendique le fonds Cornélien contre l'acquéreur, qui se défend par la prescription de dix ans, avec titre et bonne foi. Titius répond que l'acte de vente sous seing privé n'a de date contre les tiers que du jour de l'enregistrement ou du jour du décès de l'un des signataires. L'acquéreur réplique que la date de l'acte est assurée par le jugement, qui déclare l'absence de Caius, par les enquêtes, qui prouvent qu'il a disparu depuis plus de quinze ans et qu'on n'a point reçu de ses nouvelles; qu'on ne peut même supposer qu'il ait reparu et gardé le silence, puisque ce silence lui fait perdre les neuf dixièmes de ses fruits, suivant l'article 127 du Code. »

Et l'auteur, après cet exposé, avait d'abord ainsi conclu :

« Nous pensons que, en ce cas, la date de l'acte est suffisamment assurée; le soupçon d'antidate ou de fraude paraît pleinement détruit par une présomption plus forte. » (T. IV, n° 242.)

Mais plus tard, dans une nouvelle édition (*loc. supra cit.*, note 1), Toullier paraît avoir modifié sa doctrine, en présence d'un arrêt de la Cour de cassation, du 27 mai 1823, qui a jugé que la disposition de l'article 1328 est limitative (Sirey, 1823, I, 297).

La solution, que l'illustre auteur a d'abord enseignée, semblerait, à première vue, très-plausible; ne pourrait-on pas, en effet, raisonner ainsi :

Aux termes de l'article 1328, les actes sous seing privé ont date certaine contre les tiers du jour de la mort de celui ou de ceux qui les ont souscrits;

Or, l'absence déclarée créant une présomption légale

de mort équivaut, par cela même, au décès, en tant qu'il en résulte une impossibilité d'antidate;

Donc, les actes sous seing privé, qui ont été souscrits par l'absent, doivent acquérir date certaine du jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.

Nous ne croyons pas non plus pourtant que cette doctrine soit exacte; et notre avis est, au contraire, qu'elle n'est conforme ni aux principes généraux, qui régissent les actes sous seing privé, ni aux principes particuliers, qui régissent l'absence :

1° Le texte même de l'article 1328 prouve bien que la disposition qu'il renferme est limitative :

« Les actes sous seing privé *n'ont de date* contre les « tiers *que du jour*, etc. »

Et cette preuve ne résulte pas moins des travaux préparatoires à la suite desquels ce texte a été ainsi rédigé (comp. Fenet, t. XIII, p. 28 et 117).

C'est, que, en effet, le législateur a voulu que la certitude de la date reposât nettement sur une base fixe et invariable. Or, les parties qui souscrivent l'acte sous seing privé, ont, à cet égard, un moyen très-simple, c'est celui de l'enregistrement; si donc elles n'y ont pas recours, il est juste que les conséquences en retombent sur elles-mêmes, et non pas sur les tiers, qui ne doivent pas être exposés, par le fait des parties, aux difficultés et à l'arbitraire qui seraient inséparables d'une théorie, d'après laquelle la certitude de la date d'un acte sous seing privé pourrait s'induire de faits, de présomptions quelconques, en dehors des trois faits déterminés par l'article 1328 (comp. Bordeaux, 27 janvier 1829, Sirey, 1829, II, 292; Angers, 18 févr. 1837, Dugrand-Launay, Dev., 1839, II, 426; Agen, 4 déc. 1841, Goltié, Dev., 1843, II, 135; Lyon, 13 janv. 1849, Bas, Dev.; 1849, II, 108; Grenoble, 26 avril 1849, Finot, Dev., 1850, II, 271; Duranton, t. XIII, n° 131; Marcadé, art. 1328, n° 4; Bonnier, *des Preuves*, n° 573; Zachariæ,

Aubry et Rau, t. VI, p. 407, 408; Larombière, *des Obligations*, t. IV, art. 1328, n° 50).

2° Il n'est pas exact de poser en principe que l'absence déclarée et l'envoi provisoire, qui en est la conséquence, créent, même envers les tiers, une présomption légale de mort; nous venons, au contraire, de reconnaître que cette présomption est toute relative aux biens que l'absent possédait au jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, et qu'elle ne confère, en conséquence, aux envoyés provisoires aucun principe d'action contre les tiers, même en ce qui concerne les droits dont l'ouverture est subordonnée au décès de l'absent (*supra*, n° 140).

Il paraît donc logique aussi d'en conclure que les actes sous seing privé, qui ont été souscrits par l'absent, n'acquièrent pas non plus date certaine contre les tiers, à compter du jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles.

Cette conclusion, après tout, n'a rien peut-être d'excessif dans les limites de la seconde période, et pendant la durée de l'envoi provisoire; mais il faut avouer qu'en la maintenant même jusque dans la troisième période, et pendant la durée indéfinie de l'envoi définitif, elle devient véritablement extrême! Et pourtant, est-il vrai qu'il existe un moyen légal et sûr de la faire cesser à une époque quelconque? nous ne l'apercevons pas (comp. Zachariæ, Aubry et Rau; Larombière, *loc. supra cit.*).

145 *bis* (2) B. — Reste à examiner notre seconde hypothèse.

Celui auquel l'acte sous seing privé qui a été souscrit par l'absent, est opposé, tient des envoyés en possession le droit, qui se trouve compromis par cet acte.

Soit, par exemple, cette espèce :

L'envoyé a aliéné l'immeuble de l'absent, soit de lui-même et de sa seule autorité, soit en vertu d'une autorisation de justice.

Et puis, après l'aliénation, voilà qu'un voisin oppose à l'acquéreur un acte sous seing privé, par lequel l'absent lui a concédé sur cet immeuble une servitude quelconque, *non ædificandi* ou bien *non altius tollendi*, etc.

Cet acte d'ailleurs n'a pas acquis date certaine par l'un des moyens que l'article 1328 détermine.

Sera-t-il néanmoins opposable à l'acquéreur qui tient son droit de l'envoyé en possession?

Oh! cette fois, l'hypothèse est tout autre; et nous croyons qu'il faut répondre affirmativement :

De deux choses l'une, en effet :

Ou l'acte sous seing privé constitutif de cette servitude est antérieur à la disparition ou aux dernières nouvelles de l'absent; et alors, il est clair que l'envoyé en possession n'a pu aliéner l'immeuble que *cum sua causa*, et grevé, par conséquent, de la servitude, dont il était dès lors affecté;

Ou l'acte sous seing privé est postérieur à l'aliénation, qui a été consentie par l'envoyé en possession; et alors, c'est le titre même de l'envoyé qui va s'évanouir, et avec le titre de l'envoyé, le titre de l'acquéreur, qui n'est que son ayant cause!

Le tiers acquéreur, sans doute, en cas pareil, peut soutenir qu'une fraude a été pratiquée contre lui, et que l'acte sous seing privé n'émane pas de l'absent; il pourra y avoir lieu, en conséquence, à une vérification d'écriture.

Mais si l'écriture ou la signature de l'absent sont reconnues ou légalement tenues pour reconnues, l'acquéreur ne pourra pas sortir du dilemme dans lequel nous venons de le voir enfermé.

N° 3. — *Troisième période. — Envoi en possession définitif.*

SOMMAIRE.

146. — A. A quelle époque l'envoi en possession définitif peut-il être demandé ? — B. Suivant quelles formes ? — C. Par quelles personnes ? — D. Quels sont ses effets ?

A. A quelle époque l'envoi en possession définitif peut-il être demandé ?

147. — L'envoi définitif peut, en général, être demandé trente ans après l'envoi provisoire, ou après que l'époux commun en biens a opté pour la continuation de la communauté, ou lorsqu'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent.

148. — Quel est le point de départ des trente ans, après lesquels l'envoi définitif peut-être demandé ?

B. — *Suivant quelles formes l'envoi définitif doit-il être ordonné ?*

149. — Une nouvelle enquête est-elle nécessaire ?

C. — *Par quelles personnes l'envoi définitif peut-il être demandé ?*

150. — Les mêmes parties qui peuvent demander l'envoi en possession provisoire peuvent, en général, demander l'envoi en possession définitif ?

D. — *Quels sont les effets de l'envoi définitif ?*

151. — Quel est le sens de ce mot *définitif* ?

152. — Les effets de l'envoi définitif peuvent être envisagés 1° dans les rapports réciproques des envoyés les uns envers les autres; 2° dans leurs rapports avec les tiers; 3° dans leurs rapports avec l'absent lui-même ou tout autre ayant droit auquel ils pourraient être tenus de restituer les biens.

N° 1. — *Rapports des envoyés définitifs les uns envers les autres.*

153. — C'est surtout l'envoi définitif qui présente l'image de l'ouverture de la succession. — Les envoyés peuvent réciproquement se contraindre au partage et au rapport, si déjà ils ne l'ont fait lors de l'envoi provisoire.

N° 2. — *Rapports des envoyés définitifs envers les tiers.*

154. — Quel est le caractère légal du titre des envoyés définitifs ?

155. — Les envoyés définitifs peuvent vendre, hypothéquer, échanger, aliéner enfin à titre onéreux, de quelque manière que ce soit.

156. — Peuvent-ils aliéner à titre gratuit ?

157. — L'envoyé définitif doit-il une indemnité à l'absent, lorsqu'il a donné les biens de celui-ci à titre de constitution de dot ou d'avancement d'hoirie à ses enfants ?

158. — Les envoyés définitifs peuvent-ils exercer, de leur propre chef, contre les tiers, les actions auxquelles le décès prouvé de l'absent donnerait ouverture? — Renvoi.

N° 3. — *Rapports des envoyés définitifs envers l'absent ou tout autre ayant droit, auquel ils peuvent être tenus de restituer les biens.*

159. — Les trois sortes de mesures par lesquelles la loi a réglé l'envoi en possession provisoire (*supra*, n° 89), continuent-elles d'exister après l'envoi définitif?
160. — Que deviennent les cautions?
161. — Suite.
162. — Plus de restriction de pouvoirs.
163. — Plus de réserve de fruits au profit de l'absent.
164. — L'absent qui reparaît, ne peut recouvrer ses biens que dans l'état où ils se trouvent.
165. — Du cas où les biens n'ont pas été aliénés. — Les envoyés définitifs ne sont pas responsables des détériorations par eux commises.
166. — *Quid*, des améliorations qu'ils y auraient faites?
167. — *Quid*, si l'envoyé définitif a fait d'un côté des dégradations, et de l'autre des améliorations?
168. — Du cas où les biens ont été aliénés.
169. — L'absent en recouvre le prix dû ou même déjà payé.
170. — Quel est le caractère de l'obligation de l'envoyé définitif, en ce qui concerne le prix par lui reçu? — Le doit-il, dans tous les cas, dès qu'une fois il l'a reçu, et lors même qu'il l'aurait depuis perdu ou dissipé?
171. — Suite.
172. — Suite.
173. — Des capitaux remboursés par les débiteurs de l'absent entre les mains des envoyés définitifs.
174. — Des cas où l'envoyé définitif a fait l'emploi du prix de vente ou des autres capitaux par lui reçus. — A qui appartient l'objet acquis en emploi?
175. — Suite.
176. — *Quid*, si l'envoyé définitif, à raison de l'augmentation de fortune résultant pour lui des biens de l'absent, avait fait, aux dépens de ses biens personnels, des dispositions, une constitution de dot par exemple, telles que, réduit à ses propres ressources, il n'eût pas pu les faire? — Pourra-t-il, dans ce cas, exercer quelque retenue sur les biens de l'absent?
177. — L'article 132 n'accorde-t-il pas seulement à l'absent la faculté, à laquelle il pourrait renoncer, de prendre ses biens? — Les envoyés définitifs pourraient-ils l'y contraindre?

146. — Nous venons d'exposer la période de l'envoi provisoire; et on a pu reconnaître combien elle est incertaine, irrésolue, équivoque.

Il faut un terme à une telle situation; l'intérêt des tiers, l'intérêt général de la société exigent que les biens ne demeurent pas toujours frappés d'une sorte d'*interdit*, et soient rendus à la circulation et aux affaires.

La période de l'envoi définitif va donc enfin s'ouvrir.

A. — A quelle époque cet envoi peut-il être demandé?

B. — Suivant quelles formes?

C. — Par quelles personnes?

D. — Quels sont ses effets?

Telles sont les questions que nous avons ici à résoudre.

A. — *A quelle époque l envoi en possession définitif peut-il être demandé?*

147. — Et d'abord, l'envoi définitif peut être demandé, lorsque l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi provisoire (ou depuis l'époque à laquelle l'époux commun en biens a pris l'administration des biens de l'absent, *infra*, n° 304), ou lorsqu'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent (art. 129).

Le retour de l'absent, après trente-cinq ans au moins de silence absolu, et même peut-être après quarante et un ans, s'il avait laissé une procuration, ou bien encore lorsqu'il a atteint l'âge de cent ans, son retour alors serait un événement extraordinaire et exceptionnel; or, ce n'est pas pour de tels événements, ce n'est pas pour des phénomènes, que la loi établit ses règles, mais bien pour ce qui est conforme à l'ordre naturel, à la raison, à la vraisemblance.

Ajoutez d'ailleurs qu'à supposer que l'absent existe encore, sa négligence inexplicable doit cesser d'inspirer pour lui beaucoup d'intérêt.

148. — Les trente ans, après lesquels l'envoi définitif peut être demandé, doivent-ils se compter à partir de

l'envoi provisoire, ou bien à partir de la déclaration d'absence?

S'il fallait s'en tenir littéralement à l'article 129, ce point de départ serait seulement l'envoi provisoire; mais il est très-permis de penser que telle n'a pas été la véritable intention de la loi :

1° Pourquoi l'envoi définitif a-t-il lieu? parce que la présomption de mort est arrivée, si je puis dire, à son apogée; or, cette présomption elle-même, sur quoi repose-t-elle? sur le temps écoulé depuis la disparition sans nouvelles. La circonstance, tout à fait étrangère à l'absent, que l'envoi provisoire a été ou n'a pas été prononcé, cette circonstance est à cet égard très-insignifiante; donc, la présomption de mort a toujours la même force, la même gravité, indépendamment de ce qui est relatif à l'envoi provisoire.

2° L'article 129 lui-même démontre positivement que l'envoi provisoire n'est pas la condition préalable de l'envoi définitif; car celui-ci peut être prononcé immédiatement et *de plano*, après la déclaration d'absence, lorsqu'à cette époque il s'est déjà écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent.

3° Il est au reste facile d'expliquer pourquoi l'article 129 s'est servi de ces mots; c'est qu'en effet l'envoi provisoire suivant presque toujours de très-près la déclaration d'absence, et pouvant être prononcé par le même jugement (*supra*, n° 79), le législateur a pu très-bien aussi les confondre dans sa pensée.

B. — *Suivant quelles formes l'envoi définitif doit-il être ordonné?*

149. — La loi n'a pas déterminé de formes spéciales en ce qui concerne l'envoi définitif. Tout ce qui résulte de l'article 159, c'est qu'il doit être prononcé par un jugement.

Mais une nouvelle enquête est-elle, en ce cas, nécessaire?

M. Bigot-Préameneu, dans son discours au Tribunat, l'a ainsi déclaré (Locré, *Législat. civ.*, t. IV, p. 445); et telle est l'opinion de MM. Duranton (t. I, n° 501), et Zachariæ, Aubry et Rau (t. I, p. 555).

On conçoit, en effet, qu'il peut être fort utile, au moment même où l'on va prendre des mesures énergiques et décisives, de s'assurer une dernière fois si on n'a pas eu de nouvelles de l'absent, soit de sa vie, soit même de sa mort, si ceux-là, qui demandent l'envoi définitif, ne tiennent pas secrets les renseignements qui pourraient éclairer la justice et avertir les autres intéressés.

Néanmoins il faut reconnaître que la loi n'ordonne pas ici cette enquête, comme lorsqu'il s'agit de déclarer l'absence (comp. art. 115, 116 et 129), et qu'il n'est pas dès lors possible de la considérer comme précisément obligatoire et nécessaire. Elle n'est donc que facultative, suivant que le tribunal la croira plus ou moins utile d'après les circonstances (comp. Proudhon, t. I, p. 326, 327).

C. — *Par quelles personnes l'envoi définitif peut-il être demandé?*

150. — Les mêmes parties, qui peuvent demander l'envoi provisoire, peuvent demander l'envoi définitif (comp. 120, 123, 129), qui n'est, ainsi que je l'ai dit déjà, que le développement et le terme de la situation commencée par cette première mesure (comp. Cass., 22 déc. 1813, Sirey, 1814, I, 90; de Moly, n° 708 et suiv.; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 555; Massé et Vergé, t. I, p. 154).

Il n'est pas d'ailleurs nécessaire d'avoir été envoyé en possession provisoire pour être fondé à demander l'envoi en possession définitif (*supra*, n° 147); il importe seu-

lement, si d'autres ont obtenu l'envoi provisoire, que l'action de ceux qui demandent ensuite l'envoi définitif, ne soit pas éteinte par la prescription (*infra*, n° 185).

D. — *Quels sont les effets de l'envoi définitif?*

151. — Voilà donc l'envoi définitif prononcé.

Quels sont ses effets?

Définitif! est-ce à dire que tout est fini, et que désormais les envoyés deviennent propriétaires incommutables?

Telle était effectivement la disposition du projet du Code Napoléon, qui déclarait les envoyés définitifs *propriétaires incommutables* envers l'absent lui-même de retour, et ne les obligeait à restituer les biens qu'à ses enfants lorsque ceux-ci étaient mineurs à l'époque de son décès prouvé (art. 12 et 19; comp. Valette sur Proudhon, t. I, p. 325; de Moly, n° 671).

Ce projet, d'une dureté extrême, a été abandonné; mais, peut-être, ce mot *définitif* en est-il encore un vestige. On peut, au reste, l'expliquer, même d'après le système meilleur et plus humain qui a prévalu, en disant: 1° que cet envoi est définitif, parce qu'il est le dernier, parce qu'il fait aux envoyés une situation, sur laquelle la loi n'a plus à revenir, si l'absence continue; 2° qu'il est définitif aussi à l'égard des tiers, en ce sens que les envoyés peuvent désormais leur conférer des droits incommutables sur les biens de l'absent.

152. — Nous allons, ainsi que nous l'avons fait en ce qui concerne l'envoi provisoire, rechercher les effets de l'envoi définitif:

1° Dans les rapports réciproques des envoyés les uns envers les autres;

2° Dans leurs rapports avec les tiers;

3° Dans leurs rapports avec l'absent lui-même, ou tout autre ayant droit, auquel ils pourraient être plus tard tenus de restituer les biens.

N° 1. — *Rapports des envoyés définitifs les uns envers les autres.*

153. — C'est surtout à cette époque que l'envoi en possession présente, entre les envoyés, l'image d'une succession ouverte.

L'article 129 dispose que les ayants droit pourront demander le partage des biens de l'absent.

Nous avons déjà dit que ce partage pouvait être demandé dès le moment de l'envoi provisoire, et qu'il était même souvent nécessaire, à cette époque, pour faire à chacun son lot dans l'envoi (*supra*, n° 128).

Mais l'article 129, en consacrant, d'une manière spéciale et formelle, ce droit au moment de l'envoi définitif, annonce ainsi qu'à cette époque l'exercice n'en peut plus être empêché ni par l'époux commun en biens ni par aucune autre résistance.

Si donc les envoyés provisoires n'avaient fait d'abord entre eux qu'un partage provisoire aussi, chacun serait fonder à demander un partage définitif.

Mais s'ils avaient fait, au contraire, à cette époque, un partage définitif, comme d'ailleurs, à moins de circonstances particulières, ils devraient être présumés en général l'avoir fait, le partage, en effet, demeurerait tel; et je crois même, avec Demante (t. I, n° 164 *bis*, III), que chacun d'eux pourrait, sans mettre les autres en cause, obtenir l'envoi en possession définitif des biens compris dans son lot.

Du reste, l'envoi définitif me paraît placer les envoyés réciproquement dans la même situation que si la succession était ouverte; et je n'hésite pas à croire qu'ils pourraient se contraindre respectivement au rapport, si déjà ils ne l'avaient pas fait lors de l'envoi provisoire (*supra*, n° 132).

N° 2. — *Rapports des envoyés définitifs envers les tiers.*

154. — A l'égard des tiers, quelle est la position, quel est le titre des envoyés définitifs?

Dirons-nous qu'ils sont héritiers, qu'ils sont propriétaires?

Telle est, en effet, la proposition généralement enseignée sur ce point (Delvincourt, t. I, p. 50; Toullier, t. I, n° 447; Duranton, t. I, n° 510; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 556; *voy.* aussi M. Bigot-Préameneu, dans l'Exposé des motifs).

Mais, en théorie, cela est-il rigoureusement exact?

Héritiers? mais non; car l'absence n'est, à aucune époque, une cause d'ouverture de la succession proprement dite (art. 130, 718); et les envoyés définitifs ne sont pas plus tenus que les envoyés provisoires, des dettes de l'absent *ultra vires*, ni sur leurs biens personnels, si d'ailleurs ils ont eu le soin de ne pas les confondre avec les biens de l'absent.

Propriétaires? mais l'envoi définitif n'est rangé nulle part, dans le Code, au nombre des moyens d'acquérir (art. 711, 712).

Dirons-nous dès lors que les envoyés définitifs ne sont toujours que des mandataires, que des représentants de l'absent? (*Voy.* Demante, *Programme*, n° 144.)

C'est ce qui semble bien résulter toujours, en effet, du titre même d'envoyés en possession, qu'ils conservent; seulement ce sont des mandataires revêtus des pouvoirs les plus illimités, auxquels, désormais, la loi dit : « Faites comme vous voudrez; faites comme pour vous; tout ce que vous ferez sera bien fait. »

Mais nous allons voir que les envoyés définitifs peuvent faire même des donations entre-vifs, des dispositions à titre gratuit (*infra*, n° 155), qu'ils peuvent dégrader, détériorer impunément les biens (*infra*, n° 161).

Est-il possible de ne voir que les caractères du mandat dans de tels pouvoirs !

La vérité est qu'il est assez difficile de définir, de qualifier doctrinalement le droit des envoyés définitifs, droit *sui generis*, dans lequel il y a un peu de tout, si je puis dire ainsi : propriété à beaucoup d'égards et mandat sous certains rapports; propriété surtout à l'égard des tiers; mandat vis-à-vis de l'absent, si toutefois celui-ci ne veut pas lui-même les considérer aussi comme propriétaires (*infra*, n° 177).

155. — Il n'est donc pas douteux que les envoyés définitifs peuvent vendre, hypothéquer, échanger, aliéner enfin à titre onéreux; tout cela, sans aucune condition, sans aucune formalité, et comme le ferait l'absent lui-même (art. 132; arg. *a contrario* des articles 125, 128, 2126).

L'absent n'aurait donc contre les tiers acquéreurs aucune action en revendication; il n'aurait contre eux que les actions en payement, en rescision, en résolution, etc., qui appartiendraient aux envoyés définitifs eux-mêmes, au moment de son retour (art. 132).

156. — Mais les envoyés définitifs peuvent-ils aliéner aussi à titre gratuit; et l'absent de retour n'aurait-il point d'action contre les donataires?

L'affirmative semble bien dure; et, dans l'intérêt de l'absent, on pourrait raisonner ainsi :

La pensée de la loi, révélée par l'article 132, est que ses biens lui seront rendus, de manière seulement à ce que cette restitution ne cause de préjudice à personne.

Or, qui donc pourrait se plaindre justement, honnêtement, de ce que l'absent reprendrait son bien dans les mains d'un donataire?

L'envoyé définitif? mais que lui importe ! le donateur ne doit pas garantie au donataire; il ne sera donc pas inquiété.

Le donataire lui-même? mais cette donation, elle lui a été faite par celui qui n'était pas propriétaire? mais ce bien dont il veut s'enrichir, il appartient légitimement au demandeur! et très-différent de l'acquéreur à titre onéreux, *qui certat de damno vitando*, l'acquéreur à titre gratuit, le donataire, *certat de lucro captando* (L. 6, § 11, ff. *Quæ in fraudem credit*). Un tel résultat ne serait-il pas inique? et peut-on croire dès lors que la loi ait entendu le consacrer au préjudice de l'absent, qui revient peut-être dénué de toute espèce de ressources?

Malgré ces motifs, je pense que les donations elles-mêmes doivent être respectées.

Et d'abord, s'il s'agissait de donations par contrat de mariage, l'opinion contraire reconnaît elle-même qu'elles devraient être maintenues, parce qu'alors l'envoyé définitif donateur serait tenu à la garantie (art. 1440, 1547, 1548), et qu'il pourrait être ainsi constitué en perte par suite de l'éviction du donataire, parce que d'ailleurs l'époux ou les époux donataires ont l'intérêt le plus légitime et le plus sérieux à conserver la donation, sur la foi de laquelle le mariage a eu lieu.

Mais j'applique aussi la même solution à toute espèce de donation :

1° L'article 132 déclare que l'absent *recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront*, c'est-à-dire son patrimoine tel qu'il sera, comme il sera, ni plus ni moins, dans les mains de l'envoyé définitif.

2° Et remarquez bien, en effet, que c'est entre l'absent et l'envoyé que tout ceci doit désormais se régler. La loi, une fois l'envoi définitif prononcé, ne met plus l'absent en face des tiers. A l'égard des tiers, l'absent a été représenté, d'une manière absolue, par l'envoyé définitif, quoi que celui-ci ait pu faire.

3° La disposition même du projet primitif, cette disposition si rude, qui déclarait les envoyés définitifs pro-

priétaires incommutables et les dispensait de toute restitution envers l'absent lui-même, témoigne dans quel esprit cet article 132 a été conçu.

4° Enfin, ce qu'on peut dire encore, c'est qu'après tout, l'absent ne sera pas, le plus ordinairement, exempt de faute; c'est que ce n'est jamais sans froissement, sans plus ou moins de trouble et de désordre, que les évictions se réalisent même contre des donataires, et que dès lors l'intérêt public exigeait, après une absence aussi prolongée, le maintien absolu de tous les actes sans distinction (comp. Toullier, t. II, n° 447; Duranton, t. I, n° 505; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 557; Massé et Vergé, t. I, p. 155; Demante, t. I, n° 169 *bis*, II; Plasman, t. II, p. 233, 234).

157. — L'absent, qui ne peut pas réclamer le bien contre le donataire, n'aura rien non plus à demander à l'envoyé, qui n'est tenu, comme nous le verrons, envers lui, que *quatenus locupletior factus est*, et qui n'a retiré aucun prix, aucun profit de l'aliénation à titre gratuit qu'il a faite.

Mais doit-il en être ainsi, même en ce qui concerne les donations faites à titre de constitution de dot ou d'avancement d'hoirie, par l'envoyé définitif à ses enfants?

Quoique cette question ne se rattache plus aux rapports des envoyés envers les tiers, mais à leurs rapports envers l'absent lui-même, et qu'elle semblerait dès lors devoir être ajournée, je vais pourtant la traiter tout de suite, afin de compléter ce qui regarde les donations faites par les envoyés définitifs, et de n'avoir plus à y revenir.

Eh bien! donc, l'envoyé a donné en dot à sa fille un immeuble de l'absent. Il a donné 100 000 fr. de l'absent à son fils pour l'achat d'une étude de notaire ou d'un établissement de commerce.

L'absent de retour n'a aucune action contre la fille ou le fils donataire; cela est bien entendu.

Mais peut-il demander que l'envoyé définitif lui tienne compte, sur ses propres biens, d'une indemnité quelconque à cet égard?

L'affirmative me paraît conforme à l'équité et aux principes :

Si l'envoyé définitif ne doit pas être constitué en perte, il ne doit non plus conserver aucun profit aux dépens des biens de l'absent, aux dépens du capital de sa fortune; or, l'envoyé définitif qui a doté, qui a établi ses enfants avec les biens de l'absent, en a tiré un profit, et s'en est enrichi personnellement, *quatenus propriæ pecuniæ pepercit;* donc, il doit lui tenir compte de la somme qu'il aurait prelevée, à cet effet, sur son patrimoine. C'est sa propre dette, en effet, qu'il a payée, et il y a gagné sa libération. On opposerait en vain l'article 204, qui porte que l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement. Il n'y a pas là d'obligation civile ni d'action en justice! non; mais il y a une obligation morale, consacrée, sanctionnée par toutes les habitudes, par toutes les convenances sociales, et mieux encore que tout cela! par la tendresse des parents. L'envoyé définitif l'aurait donc acquittée, sur ses propres biens, s'il n'eût pas employé ceux de l'absent; il en a donc profité. Ajoutez que le système contraire pourrait favoriser bien des fraudes, et que rien ne serait plus facile à l'envoyé qui craindrait plus ou moins vaguement le retour de l'absent, que de pourvoir ainsi tous ses enfants, c'est-à-dire d'échapper à l'obligation de restituer les biens, tout en les conservant dans sa famille.

Toutefois, l'indemnité, due par l'envoyé définitif à l'absent, ne devra pas être toujours de la valeur totale du bien par lui donné. On conçoit, en effet, qu'il aurait pu ne constituer qu'une dot beaucoup moindre, s'il n'avait eu que ses biens personnels. Je ne nie pas que cette évaluation sera souvent difficile et délicate, et qu'on pour-

rait même en tirer un argument contre mon opinion, en soutenant que l'article 132 n'impose à l'envoyé définitif que la restitution du profit certain, déterminé, exactement appréciable, qu'il a retiré des biens de l'absent. Mais ce motif ne me paraît pas suffisant pour détruire les considérations si puissantes qui précèdent. Je crois donc que l'envoyé définitif devra être réputé avoir profité de la valeur intégrale du bien qu'il a donné à ses enfants, mais avec faculté de sa part de prétendre et d'établir par tous renseignements que, réduit à sa fortune personnelle, il n'aurait constitué qu'une dot de moindre valeur. Les magistrats apprécieront (comp. Proudhon et Valette, t. I, p. 330; Duranton, t. I, n° 506; Zachariæ, t. IV, p. 303, note 18; Plasman, t. I, p. 233, 234).

158. — Les envoyés définitifs peuvent-ils exercer de leur propre chef, contre les tiers, les actions auxquelles le décès prouvé de l'absent donnerait ouverture? Peuvent-ils, par exemple, s'ils sont héritiers réservataires, intenter contre un donataire entre-vifs une action en réduction?

J'ai essayé de traiter plus haut (n° 140) ces graves et difficiles questions avec les développements qu'elles comportent (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 560, 561).

N° 3. — *Rapports des envoyés définitifs envers l'absent ou tout autre ayant droit, auquel ils peuvent être tenus de restituer les biens.*

159. — Nous avons vu que, en ce qui concerne les envoyés provisoires, la loi prend trois sortes de mesures : 1° garanties de restitution, telles qu'inventaire, caution, etc.; 2° restriction de leurs pouvoirs; 3° réserve au profit de l'absent d'une certaine part des fruits (*supra*, n° 89).

Que deviennent, après l'envoi définitif, ces trois sortes de mesures?

Elles disparaissent complétement.

160. — 1° Plus de garanties de restitution. — Les cautions sont déchargées (art. 129).

Déchargées de plein droit et sans jugement;

Déchargées, non pas seulement pour l'avenir, mais aussi pour le passé.

Elles sont, dis-je, déchargées de plein droit (comp. Duranton, t. I, n° 501; Zachariæ, t. I, p. 309; de Moly, p. 406-408; Plasman, t. I, p. 241-245).

Telle est la disposition de l'article 129, dont la première partie, indépendante de la seconde, prononce, d'une manière absolue et inconditionnelle, la libération des cautions, après l'expiration d'un certain temps.

M. Valette toutefois professe le sentiment contraire (sur Proudhon, t. I, p. 326, note *a*) :

« L'envoi en possession définitif doit être prononcé par « le tribunal (art. 129); et si les ayants droit négligeaient « de faire prononcer immédiatement l'envoi en posses- « sion et continuaient à gérer, ils pourraient être respon- « sables des actes de cette gestion à l'égard de l'absent « ou de ses héritiers; *or, la caution est responsable de « toutes les obligations que contractent les envoyés en pos- « session provisoire.* »

Mais il me semble que c'est là précisément la question: la loi n'a-t-elle pas pu limiter absolument l'obligation des cautions à une certaine durée de temps, et déclarer que, ce temps expiré, elles ne seraient plus responsables, même des obligations contractées par les envoyés provisoires? oui, sans doute; et il était même raisonnable qu'elle le fît, parce que, après un temps aussi long, le retour de l'absent est très-improbable, parce qu'il importait de ne pas imposer à ces cautions une obligation par trop indéfinie, d'autant mieux qu'elles ne peuvent

pas, elles, demander l'envoi définitif; or, tel me paraît être le but de la première partie de l'article 129, qui libère les cautions par le seul effet du laps de temps, et alors même que les envoyés provisoires (ce qui sera très-rare, pour le dire en passant) ne feraient rien pour devenir envoyés définitifs.

161. — Les cautions sont déchargées, même pour le passé.

Le texte est, en effet, absolu et prononce une libération totale et complète; et il est, à cet égard, très-conforme aux principes.

Toutes les actions se prescrivent par trente ans (art. 2262); or, l'action contre les cautions a commencé aussitôt que leur obligation elle-même; donc, elle doit être prescrite au bout de trente ans.

Mais, direz-vous, s'il s'agissait d'un fait commis par l'envoyé provisoire pendant le cours de son administration, dix ans, vingt ans après l'envoi, est-ce que la caution serait libérée, même en ce qui concerne ce fait, qui ne remonterait pas à trente ans?

Oui, sans doute. Qu'est-ce, en effet, que la caution a garanti? ce n'est pas tel ou tel acte particulier de gestion, tel ou tel fait isolé; c'est la gestion elle-même dans son ensemble et tout entière; ou plutôt c'est l'obligation primitive, principale, disons mieux, l'obligation unique contractée par l'envoyé dès le jour de l'envoi; les actes successifs de gestion n'en sont que la suite et l'exécution. C'est ainsi que l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit, à raison de la gestion de leur tuteur, existe du jour de l'acceptation de la tutelle, à quelque époque qu'aient eu lieu les actes successifs de cette gestion (art. 2135-1°).

Ajoutez d'ailleurs que l'envoi définitif étant presque toujours prononcé en même temps que la loi libère les cautions, on ne comprendrait pas qu'elles demeurassent obligées pour le passé, lorsqu'à l'avenir les envoyés peu-

vent impunément tout faire sur le patrimoine de l'absent (comp. Duranton, t. I, n° 502).

162. — 2° Plus de restriction de pouvoirs. — Déjà, nous avons dit que les envoyés définitifs peuvent, seuls et à tous les titres, disposer des biens de l'absent (*supra*, n°s 155, 156).

163. — 3° Plus de réserves de fruits au profit de l'absent. — Nous avons dit encore que les envoyés définitifs gagnent nécessairement tous les fruits (*supra*, n° 126).

164. — En ce qui concerne la restitution à laquelle peuvent être tenus les envoyés définitifs envers l'absent ou les ayants droit qui se présentent de son chef, le but essentiel de la loi est, d'une part, de ne rien laisser entre les mains des envoyés de ce qui forme le patrimoine de l'absent, excepté les fruits par eux gagnés; et d'autre part, de ne pas néanmoins les constituer en perte sur leur patrimoine personnel. Ils ne sont tenus enfin envers lui que *quatenus locupletiores facti sunt.*

Tel est le sens général de ces mots de l'article 132 : « Il recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront; » c'est-à-dire, sa fortune telle qu'elle sera, comme elle sera, bien ou mal, telle, enfin, que l'aura faite l'administration, bonne ou mauvaise, des envoyés (comp. Duranton, t. I, n° 509; Taulier, t. I, p. 221, 222).

165. — A cet égard, l'article 132 distingue deux hypothèses, que nous allons successivement examiner :

Ou les biens n'ont pas été aliénés;

Ou ils ont été aliénés.

A. Dans le premier cas, l'absent reprend ses biens eux-mêmes en nature, dans l'état où ils sont alors.

Si donc ils se trouvent détériorés, dégradés, même par le fait des envoyés définitifs, ceux-ci n'en seraient pas responsables :

Qui rem quasi suam neglexit, nulli querelæ subjectus est (L. 31, § 4, ff. *de Hæredit. petit.;* art. 1631).

166. — Que décider, si au contraire les biens ont été améliorés par les envoyés définitifs?

D'abord, s'il s'agit de travaux qui sont d'ordinaire considérés comme une charge des fruits, c'est-à-dire de réparations locatives ou d'entretien, les envoyés définitifs, ainsi que nous l'avons dit, n'ont droit à aucune récompense, puisqu'ils gagnaient tous les fruits (*supra*, n° 127; Cass., 3 avril 1821, Duvau de Chavagne, Sirey, 1821, I, 325).

Mais l'envoyé définitif a fait sur les biens de l'absent des augmentations, des constructions nouvelles?

L'arrêt précité de la Cour de cassation, et surtout les motifs de l'arrêt de la Cour impériale d'Angers, contre lequel le pourvoi a été rejeté, sembleraient, à première vue, lui refuser même alors toute récompense :

« Attendu que le sieur Duvau ne peut répéter le prix des réparations, reconstructions et améliorations qu'il a faites; attendu que ces frais d'entretien, de réparations et de reconstructions.... étaient provoqués par le besoin de les conserver ou de les exploiter utilement; qu'ils sont devenus un accessoire du fonds; que le sieur Duvau est censé les avoir faits comme un père de famille, et qu'il en a profité lui-même plusieurs années.... »

Et on pourrait encore invoquer en ce sens l'article 132, qui porte que l'absent recouvre ses biens dans l'état où ils se trouvent, bien ou mal, et pour ainsi dire à forfait!

Mais cette opinion ne me paraît conforme ni aux vrais principes ni à l'équité :

1° Celui qui fait sur le bien d'autrui des travaux, des constructions, a droit à une indemnité. Telle est la règle générale (art. 555), dont nous trouvons çà et là, dans le Code Napoléon, des applications et des exemples (art. 861-862, 1381, 1634). Il faudrait donc un texte contraire pour s'en départir; or, il n'y en a pas ici. On oppose l'article 132! mais cet article a un tout autre but; il est

fait exclusivement dans l'intérêt des envoyés ; et ce serait méconnaître entièrement la pensée qui l'a inspiré, que de le retourner contre eux, pour les priver du bénéfice du droit commun.

2° Les conséquences de l'opinion contraire seraient souvent très-iniques et ruineuses même pour l'envoyé.

Supposez, par exemple, que le donateur, avec stipulation du droit de retour, d'un terrain non bâti, y a fait, depuis l'envoi prononcé à son profit, des constructions considérables ; rendrez-vous donc au donataire, qui reparaît, ces bâtiments, cet hôtel, qui représentent peut-être tous les capitaux du donateur ? mais ce serait là une iniquité manifeste, qui enrichirait l'un aux dépens de l'autre, sans motif et sans raison ! (Comp. Merlin, *Rép.*, t. XVI, p. 48 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 558 ; Duranton, t. VI, n° 246.)

167. — L'envoyé définitif a commis d'un côté des dégradations, et il a fait, de l'autre, des améliorations ; y aura-t-il lieu alors à une sorte de compensation, qui tiendrait l'envoyé et l'absent réciproquement quittes l'un envers l'autre !

Malgré l'apparence d'équité, qui semble recommander l'affirmative, je ne penserais pas qu'elle dût être suivie.

L'envoyé ne doit rien à l'absent par suite des dégradations qu'il a pu commettre. L'absent, au contraire, doit une récompense pour les améliorations faites sur ses biens par l'envoyé. Il n'y a donc qu'une seule dette. Comment dès lors et avec quoi la compenser ? (*Voy.* art. 1850.) Cette compensation ne serait donc admissible qu'autant que l'envoyé aurait tiré profit des dégradations par lui faites (arg. des art. 1631-1633) ; autrement, il serait, au mépris du texte même de l'article 132, constitué en perte sur ses propres biens.

Tel me paraît être, en droit, le principe. Je reconnais d'ailleurs qu'en fait il y aura lieu d'apprécier équita-

blement les détériorations et les améliorations, et qu'on pourra quelquefois soutenir, non pas qu'il y a une compensation légale entre les unes et les autres, mais qu'en fait, l'objet, tel qu'il se trouve finalement, n'a pas été amélioré.

168. — B. Si les biens ont été aliénés, l'envoyé définitif doit rendre, soit le prix, soit les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait de ce prix.

Examinons successivement ces deux objets différents de son obligation.

169. — *Le prix*, encore dû ou même déjà payé, a la différence du cas prévu par l'article 747. L'article 132 n'admet aucune distinction; et l'absent qui réclame ses propres biens, était, en effet, plus favorable que l'ascendant donateur, qui ne recueille que par une faveur toute spéciale, les biens dont il s'était lui-même irrévocablement dessaisi.

170. — Mais quel est le caractère de l'obligation des envoyés définitifs en ce qui concerne ce prix, lorsqu'ils l'ont une fois reçu? En deviennent-ils, dès lors, débiteurs personnels, obligés ainsi de le restituer toujours et quand même! sans pouvoir prétendre qu'ils l'ont perdu, qu'ils l'ont dissipé?

Il est un cas qui ne me paraît pas susceptible de difficulté : c'est celui où l'envoyé définitif aurait fait le placement de ce prix en sa qualité d'envoyé, et au nom de l'absent. Les chances, bonnes ou mauvaises, de ce placement seraient certainement alors au compte de l'absent; et l'envoyé, même définitif, ne saurait, à mon avis, mieux faire que d'agir toujours avec ce soin et cette prudence.

Mais, il ne faut pas se le dissimuler, rien, au contraire, ne sera plus rare que cette hypothèse! et, après une absence aussi prolongée, il est infiniment probable que l'envoyé définitif n'aura pas songé à conserver la preuve de l'origine des deniers.

Quelle sera donc alors sa position?

Il a reçu, par exemple, 200 000 fr. il y a dix ans; que sont-ils devenus? qu'en a-t-il fait? rien ne le constate.

Faut-il, dans ce cas, que l'absent prouve qu'au moment même de sa demande en restitution, cette somme se trouve encore, en tout ou en partie, dans les mains de l'envoyé?

Pour l'affirmative, on pourrait invoquer d'abord la loi 23 *principio*, ff. *de Hæredit. petit.*

« Ultrum autem omne pretium restituere debebit « bonæ fidei possessor, an vero ita demum si factus sit « locupletior videndum. Finge pretium acceptum vel « perdidisse, vel consumpsisse, vel donasse; et verbum « quidem pervenisse ambiguum est; solum ne hoc con- « tineret, quod prima ratione fuerit, an vero et id quod « durat; et puto sequentem clausulam Senatus-consulti, « etsi hæc sit ambigua, ut ita demum computet, si fac- « tus sit locupletior. »

Or, l'envoyé définitif n'est tenu, comme le possesseur de bonne foi d'une hérédité, que *quatenus locupletior factus est;* donc, l'absent ne peut pas lui demander tout le prix qu'il a reçu, *quod prima ratione fuerit*, mais seulement ce qui lui en reste encore, *id quod durat*.

Mais comment imposer à l'absent l'obligation de prouver que l'envoyé a encore ce prix dans son patrimoine?

« Il n'est guère possible, » dit Pothier, « de connaître si le possesseur de bonne foi, qui a reçu des sommes d'argent des débiteurs de la succession, et du prix de la vente des effets de cette succession, et qui les a employées, s'en trouve plus riche ou non au temps de la demande en pétition d'hérédité; il faudrait pour cela entrer dans le secret de ses affaires particulières : ce qui ne doit pas être permis. Il a fallu, dans notre pratique française, s'attacher à une autre règle sur cette matière,

qui est que, personne ne devant être présumé dissiper le fonds d'un bien qu'il croit lui appartenir, le possesseur de bonne foi des biens d'une succession est censé avoir profité de tout ce qui lui est parvenu des biens de cette succession, et qui en compose le fonds mobilier, et en profiter encore au temps de la pétition d'hérédité, à moins qu'il ne fasse apparoir du contraire. » (*Traité du Droit de propriété*, nº 429; *voy.* aussi *infra*, nº 225.)

Telle est aussi la règle à suivre envers l'envoyé définitif; et l'absent est fondé à conclure contre lui, à la restitution de tout le prix qu'il a reçu :

1° Parce qu'en effet, le texte de l'article 132 l'autorise sans aucune distinction, à recouvrer *le prix* de ses biens aliénés;

2° Parce qu'en raison et en principe, la perte ou la dissipation d'un capital, à la grande différence des fruits et des intérêts, ne doit pas se présumer (comp. aussi Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 184).

171. — Mais du moins l'envoyé, lui, ne doit-il pas être admis à justifier que ce prix n'est plus dans ses mains, et qu'il l'a perdu en tout ou en partie?

Les opinions, à cet égard, sont partagées, et peut-être aussi un peu incertaines :

Suivant Proudhon, l'envoyé ne serait pas tenu de restituer le prix des ventes, dont il prouverait qu'il n'a pas profité *sans qu'il y eût de sa faute*, parce que la loi, ne l'obligeant à rendre les biens que tels qu'ils se trouvent, rejette sur l'absent toutes pertes arrivées *par cas fortuit* (t. I, p. 329).

M. Valette, au contraire (dans la note *b* de cette même page 329), pense que la loi ne paraît pas admettre cette distinction; car elle dit que l'absent pourra *reprendre le prix des biens qui auraient été aliénés*, et ne fait aucune distinction relativement à l'usage que l'envoyé en possession aura pu faire de ce prix; cet envoyé en sera donc tenu, lors même qu'il l'aurait dissipé.

Tel paraît être aussi le sentiment de M. de Plasman (t. I, p. 236, 239).

L'argument que notre savant collègue, M. Valette, déduit de l'article 132, est, j'en conviens, très-fort. On peut soutenir, en effet, que l'envoyé définitif est constitué, par ce texte, débiteur personnel du prix reçu par lui, et que dès lors les pertes, même fortuites, ne sauraient le libérer : *Incendium ære alieno non exuit debitorem* (L. 2, Code, *Si certum petatur*, et surtout L. 18, ff. *Quod metus causa*).

Ajoutez encore qu'il aurait pu éviter cette situation, en plaçant le prix au nom et pour le compte de l'absent, et que, puisqu'il l'a employé, au contraire, à son profit, il est assez juste qu'il supporte les pertes en compensation des avantages qu'il pouvait en retirer : *Quem sequuntur commoda, eumdem sequi debent incommoda.*

Pourtant, cette solution ne serait pas la mienne; et je croirais non-seulement, avec Proudhon, que l'envoyé ne serait pas responsable, s'il prouvait que le prix a été perdu par cas fortuit, mais aussi, contrairement à l'avis de M. Valette, qu'il ne devrait pas même répondre de la négligence et de la faute, par suite desquelles il aurait lui-même perdu ce prix.

Dejà, nous avons vu (*supra*, nº 170) que Pothier, qui impose au possesseur de bonne foi d'une hérédité l'obligation de restituer tout le prix par lui reçu des ventes qu'il a faites, parce qu'il est présumé en avoir intégralement profité, que Pothier, dis-je, ajoute : « A moins qu'il ne fasse apparoir du contraire. »

Et plus loin encore : « On doit pareillement allouer en déduction à ce possesseur de bonne foi toutes les pertes qu'il justifiera avoir faites sur les biens qui lui sont provenus de la succession, sans examiner, lorsqu'elles sont survenues avant la demande, *si c'est par son fait ou par sa faute qu'elles sont arrivées.* » (*De la Propriété*, nº 429.)

Or, ainsi que je l'ai déjà dit, l'article 132 a voulu traiter l'envoyé définitif comme autrefois la loi romaine traitait le possesseur de bonne foi d'une hérédité; donc, nous devons lui appliquer toutes ces décisions de Pothier.

Mais, direz-vous, l'article 132 porte, absolument et sans distinction, que l'absent *recouvrera le prix* de ses biens aliénés.

Cela est vrai; mais cet article lui-même déclare aussi que l'absent *recouvrera ses biens dans l'état où ils se trouveront*. Et c'est là sa disposition principale et essentielle! Quoi! l'envoyé aura pu dégrader, détériorer les immeubles sans encourir aucune responsabilité; tout le monde en convient (*supra*, n° 165); et s'il a négligé de renouveler une inscription, ou s'il a fait un placement téméraire, vous lui ferez payer le capital, lors même qu'il justifierait, de la manière la plus satisfaisante, que ce capital est celui de l'absent! — il aurait pu le placer au nom de l'absent! — Eh mon Dieu! oui, je l'ai déjà dit moi-même; mais ce serait là un modèle, et presque une exagération de prudence. La loi n'a pas dû y compter; elle n'a pas dû lui tendre un piége par cet envoi définitif, que presque tous les auteurs, et non sans motif vraiment (*supra*, n° 154), déclarent attributif de propriété! Il a donc agi comme pour lui; et s'il prouve que ce capital, qu'il croyait le sien, il l'a perdu, même par sa faute, je ne crois pas qu'on puisse l'en rendre responsable sur sa fortune personnelle.

C'est ainsi que paraît le décider Duranton, qui toutefois ne s'explique pas positivement sur ce point (t. I, n° 509).

172. — Au reste, il faudra, bien entendu, que l'envoyé définitif justifie que la somme par lui perdue représente véritablement le prix de la vente des biens de l'absent.

Vous aviez, à vous, 300 000 fr. de capitaux; puis,

vous avez touché, comme envoyé, 100 000 fr. d'un prix de vente du bien de l'absent.

Celui-ci revient, et vous dites : Vos 100 000 fr. ont péri ; je les avais placés sur un tel, qui a fait faillite.

Mais qui le prouve? vous répondra très-justement l'absent ; c'est bien assez que je supporte toutes les pertes que ma fortune a pu essuyer dans vos mains, même par votre faute ; du moins ne dois-je pas payer, à mes dépens, la perte de vos propres biens !

Il faudra donc que l'envoyé définitif fournisse des renseignements, des justifications de nature à autoriser les magistrats à penser qu'en effet le capital perdu était bien celui de l'absent.

173. — Tout ce que je viens de dire du prix des biens aliénés, je l'applique également aux capitaux remboursés par des débiteurs de l'absent entre les mains des envoyés définitifs.

Les deux hypothèses sont tout à fait semblables.

Seulement, je serais peut-être, dans ce dernier cas, plus porté à l'indulgence envers l'envoyé définitif, par la raison qu'il y avait alors pour lui nécessité de recevoir des débiteurs qui ont le droit de se libérer par le payement.

174. — Supposons à présent que l'envoyé définitif a fait emploi du prix de vente et des capitaux par lui reçus.

A qui appartiennent les biens provenant de cet emploi ?

Est-ce à l'absent, de telle sorte que les augmentations, comme aussi les détériorations et la perte même le concernent?

Est-ce à l'envoyé, qui serait alors toujours et uniquement débiteur du prix?

L'un des deux enfin, l'absent ou l'envoyé, n'aurait-il pas le choix entre le prix et le bien acquis en remploi?

Duranton (t. I, n° 509) induit des termes de l'article 132, que l'envoyé est débiteur, sous une alternative, du prix des biens aliénés ou des biens provenant de l'emploi de ce prix ; et que, dès lors, il a le choix (art. 1190), sous la condition seulement de ne pas diviser son option (art. 1191).

Il y a, toutefois, deux hypothèses dans lesquelles il me paraît certain que cette solution ne devrait pas être admise, savoir :

1° Dans le cas d'échange ; l'immeuble, reçu en contre-échange de l'immeuble de l'absent, prend alors, en effet, sa place, par l'effet d'une subrogation réelle (arg. des articles 1406 et 1559) ;

2° Dans le cas où l'envoyé définitif aurait déclaré dans le contrat, faire l'acquisition en remploi du prix des biens de l'absent (arg. des articles 1434, 1435 ; *supra*, n° 170).

Dans ces deux cas, l'absent aurait tout à la fois le droit et le devoir de reprendre les biens eux-mêmes acquis en échange ou en remploi.

Je dis : le droit, s'ils avaient augmenté de valeur ; le devoir, s'ils étaient, au contraire, détériorés ou dépréciés.

175. — Reste donc l'hypothèse où l'envoyé a acheté sans déclaration d'emploi.

M. Valette pense qu'alors c'est le prix qui sera recouvré par l'absent ; car l'envoyé en possession a voulu acheter pour son compte et rester débiteur du prix (sur Proudhon, t. I, p. 329, note *b*).

Cette solution paraît en effet conforme aux principes généraux du droit :

« Qui aliena pecunia comparat, non ei cujus nummi « fuerunt, sed sibi tam actionem empti, quam domi- « nium...... quærit. » (L. 8, Code, *Si quis alteri vel sibi.*) Et je crois qu'elle devrait être appliquée, si l'envoyé lui-même l'invoquait, s'il offrait à l'absent la restitution du

prix de son bien vendu, pour garder le bien acheté par lui avec le prix, le bien qui aurait, par exemple, augmenté de valeur.

Mais changez l'hypothèse : le bien acheté par l'envoyé avec les deniers de l'absent, a diminué de valeur; il a péri! l'envoyé doit-il encore le prix? Je suppose, bien entendu, qu'il est justifié par lui que l'acquisition a été faite avec ce prix.

Il le devra certainement encore, dans l'opinion de M. Valette; et cela semble, à première vue, logique autant qu'équitable, puisque, d'une part, l'envoyé a fait cette acquisition en son nom et pour son compte personnel, et que d'autre part il aurait seul profité des augmentations, s'il y en avait eu: *Ubi emolumentum, ibi onus esse debet.*

Néanmoins, je pense que l'envoyé aurait, au contraire, le droit d'abandonner alors à l'absent le bien par lui acquis en remploi; ce qui revient à dire qu'il aura, dans cette hypothèse, le choix que lui accorde, en effet, Duranton (t. I, n° 509). Telle est, à peu près, aussi, la décision de la loi 25, § 1, ff. *de Hæreditatis petitione*, à l'égard du possesseur de bonne foi de l'hérédité; or, l'envoyé définitif ne doit être tenu, comme lui, que *quatenus locupletior factus est.* Il importe surtout de le garantir de toute perte sur ses propres biens, par suite de l'envoi en possession des biens de l'absent; ce dernier motif me détermine (comp. de Plasman, t. I, p. 239-241).

176. — Ne pourrait-il pas arriver, pourtant, que l'envoyé fût effectivement constitué en perte sur ses propres biens, par suite de l'envoi en possession?

Se croyant d'autant plus riche, il a augmenté ses dépenses. Supposez même qu'il a constitué à sa fille une dot beaucoup plus considérable que celle qu'il lui aurait donnée, s'il n'avait pas été envoyé en possession des biens de l'absent. Mais ces dépenses, cette dot, il les a

prises sur sa propre fortune. Cependant l'absent reparaît, et veut recouvrer ses biens, qui sont là, intacts dans les mains de l'envoyé; mais celui-ci a diminué son patrimoine personnel, à ce point qu'il ne suffit plus peut-être à ses besoins. Peut-il prétendre à une indemnité quelconque sur les biens de l'absent?

L'affirmative semblerait, à première vue, équitable; et on pourrait même remarquer que l'opinion contraire aurait pour résultat fâcheux de porter les envoyés définitifs à employer les biens de l'absent à leurs dépenses personnelles, de préférence à leurs propres biens.

Cette prétention néanmoins ne me paraît pas fondée:

L'article 132 accorde à l'absent le droit de recouvrer tous ses biens, tels qu'ils existent. Par quel texte serait-il possible de motiver une exception, une réserve quelconque? et où est le moyen légal d'imposer à l'absent envers l'envoyé, l'obligation de l'indemniser de la diminution de sa fortune personnelle? il y a donc eu, de la part de cet envoyé, une imprudence, une imprévoyance, dont il doit supporter les suites; si longue qu'ait été l'absence, un envoyé définitif fera bien de ne jamais oublier que son titre, après tout, n'est pas absolument incommutable!

Telle était donc aussi la décision d'Ulpien, à l'égard du possesseur de bonne foi d'une hérédité:

« Si quis re sua lautius usus sit, contemplatione de-« latæ sibi hæreditatis, nihil eum ex hæreditate deduc-« turum, si eam non attingit. » (L. 25, § 12, ff. *de Hæredit. petit.*; *voy.* aussi Merlin, *Rép.*, t. V, vº *Hérédité*, nº 8; comp. de Moly, nº 896; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 557.)

177. — Jusqu'à présent, dans l'explication de l'article 132, j'ai toujours supposé l'absent réclamant lui-même ses biens contre les envoyés définitifs, et ceux-ci invoquant, en quelque sorte comme défendeurs, la disposition de cet article.

Changeons maintenant les rôles.

L'absent est de retour; mais il ne réclame pas ses biens contre les envoyés définitifs.

Les envoyés peuvent-ils se constituer demandeurs contre lui, et le contraindre à reprendre ses biens, d'après les règles tracées par l'article 132 ?

Au moment où l'envoi en possession a été prononcé à leur profit, il y avait 100 000 fr. d'actif et 50 000 fr. de passif; actif net, par conséquent: 50 000 fr. Mais, au lieu de payer d'abord les dettes, les envoyés définitifs ont fait des donations; ou ils ont, de quelque façon que ce soit, administré si mal ce patrimoine, que les 50 000 fr. sont encore dus, et qu'il n'y a plus que 20 000 fr. d'actif ! Allez même plus loin; il n'y a pas de faute, pas d'imprudence de leur part, pas de libéralité irréfléchie. C'est par cas fortuit, *vi divina*, que la presque totalité de l'actif a péri, avant que les créanciers fussent désintéressés.

Tel est l'état des choses, lorsque l'absent reparaît : 50 000 fr. de passif, 20 000 fr. d'actif. Vous comprenez maintenant pourquoi il se tient tranquille et ne réclame rien des envoyés en possession ! Mais ceux-ci lui offrent la restitution de ses biens; peuvent-ils le forcer de les reprendre ?

Je ne le croirais pas; et voici mes motifs:

Il me semble que cette prétention de la part des envoyés serait contraire, soit au texte même de l'article 132, soit aux principes du droit et de l'équité.

Et d'abord, que dit l'article 132?

« Si l'absent reparaît ou si son existence est prou-
« vée, même après l'envoi définitif, *il recouvrera ses*
« *biens.* »

Il recouvrera ! notez ce mot, qui exprime tout à la fois une faculté et un avantage accordés à celui auquel il s'adresse. Recouvrer, c'est retrouver, c'est reconquérir un bien perdu ! Je le répète, cette expression emporte

l'idée d'un avantage, point d'une charge, l'idée d'un droit, point d'une obligation !

Et l'article, ainsi entendu, est en effet très-conforme aux principes : les envoyés définitifs ont demandé et obtenu les biens, non pas pour un temps, mais pour toujours, non pas pour les restituer à une époque quelconque, mais pour les garder absolument et indéfiniment. L'envoi définitif, c'est la propriété (*supra*, n° 151), la propriété incommutable en effet, dans l'intention commune des envoyés et des tiers, et aussi de la loi, qui règle leurs relations ; incommutable, si l'absent ne revient pas et ne réclame pas. Lors donc que l'absent, de retour, garde le silence, de quoi pourraient se plaindre les envoyés, qui conservent ces biens qu'ils ont eux-mêmes demandés et obtenus avec l'intention de les conserver toujours !

Oh ! sans doute, lorsque l'absent lui-même réclame ses biens, la loi devait protéger les envoyés, qui avaient été fondés à se croire propriétaires ; et voilà ce qu'a fait l'article 132, en n'autorisant l'absent à les reprendre que dans l'état où ils se trouvent.

Mais au contraire, quand l'absent accepte la situation qui lui a été faite par l'envoi définitif, quand son silence laisse les choses absolument dans le même état où les envoyés eux-mêmes les ont mises et où elles seraient nécessairement restées, si l'absent n'était pas revenu, dans ce cas, dis-je, on ne voit pas sur quel motif de droit serait fondée la prétention des envoyés. Elle serait même très-souvent contre l'absent de la plus manifeste iniquité, puisqu'il se trouverait ainsi victime de toutes les fautes, de toutes les folies, que les envoyés auraient pu commettre, et que, par exemple, s'ils avaient donné à titre gratuit une partie de ses biens, il serait forcé, lui ! l'absent de retour ! de ne *recouvrer* que ses dettes ! mais je maintiens d'ailleurs cette solution, même dans le cas où l'actif n'aurait péri que par cas fortuit entre les mains des en-

voyés. Le texte et les principes, que je viens de poser, s'appliquent, en effet, à tous les cas sans distinction.

De là il faut conclure que non-seulement les envoyés alors n'auront pas d'action contre l'absent, mais que l'absent lui-même, au contraire, pourrait agir contre eux, dans le cas où ses anciens créanciers (envers lesquels il est toujours resté, bien entendu, obligé personnellement, si la créance n'est pas prescrite), dans le cas, dis-je, où ses créanciers l'auraient forcé de les payer sur les biens qu'il aurait acquis dans le pays où il se trouvait, sur les biens enfin autres que ceux qui ont fait l'objet de l'envoi définitif. Cette conséquence très-logique, puisque, encore une fois, elle laisse les choses telles qu'elles étaient, si l'absent n'était pas revenu, cette conséquence n'a d'ailleurs rien d'inique à l'égard des envoyés définitifs; en effet, de deux choses l'une : ou ils auront eu le soin de ne pas confondre les biens de l'absent avec leurs biens personnels; et alors ils ne pourront pas être tenus des dettes au delà de la valeur des biens par eux recueillis; mais ils en seront tenus jusqu'à concurrence de cette valeur; et cela est juste envers l'absent comme envers ses créanciers; ou ils ont confondu les biens de l'absent avec leurs biens personnels; et alors, de la même manière qu'ils sont tenus de ses dettes sur leurs propres biens envers les créanciers de l'absent, de la même manière ils en seront tenus envers l'absent lui-même, qui aurait payé les créanciers. Dans tous les cas, leur position demeurera telle qu'ils l'auront faite eux-mêmes.

N° 4. — *Dans quels cas ceux qui ont été envoyés en possession des biens de l'absent, peuvent-ils être obligés de les restituer ? — Et quels sont, suivant les différents cas, les effets de cette obligation ?*

SOMMAIRE.

178. — Énumération des cas dans lesquels les envoyés en possession peuvent être tenus de restituer les biens de l'absent.
179. — L'action de l'absent lui-même contre les envoyés est imprescriptible.
180. — Quelle est l'étendue de cette action?
181. — Ceux qui soutiennent qu'à l'époque des dernières nouvelles de l'absent, ils étaient ses héritiers présomptifs, à l'exclusion des envoyés en possession ou concurremment avec eux, n'ont pas besoin de former tierce opposition au jugement de déclaration d'absence et d'envoi en possession.
182. — Quelle est, dans ce cas, la durée de l'action ? — Distinction entre les enfants et descendants de l'absent et tous ses autres parents.
183. — L'article 133 est-il applicable aux enfants naturels de l'absent? — *Quid*, à l'égard des petits-enfants même légitimes ?
184. — Quel est le point de départ des trente ans, pendant lesquels dure, d'après l'article 133, l'action des enfants de l'absent?
185. — L'article 133 établit-il un délai préfix et invariable, ou une prescription ordinaire ?
186. — En quoi consiste la restitution à faire par les envoyés aux enfants de l'absent, qui ne réclament les biens qu'après l'envoi définitif?
187. — *Quid*, dans le cas où les envoyés en possession sont évincés pendant la période de l'envoi provisoire? — Question sur les fruits par eux perçus.
188. — Suite.
189. — Suite.
190. — De la preuve de l'existence de l'absent.
191. — De la preuve de son décès.
192. — Les envoyés définitifs ne peuvent-ils, même en cas de décès prouvé, être évincés par d'autres que par les enfants de l'absent ?
193. — Dans le cas où le décès de l'absent a eu lieu pendant l'envoi provisoire, quel est le point de départ de l'action en pétition d'hérédité, qui appartient aux héritiers les plus proches à cette époque?
194. — *Quid*, dans la même hypothèse, si l'absent, décédé pendant l'envoi provisoire, a laissé pour héritiers des enfants qui n'auraient pas obtenu la possession de ses biens ? — Seront-ils obligés d'agir contre les envoyés, dans les trente ans à compter du décès de l'absent ?
195. — Quelle est l'étendue de la restitution à laquelle sont tenus les

178. — Les envoyés en possession peuvent être tenus de restituer les biens :

1° A l'absent lui-même, qui reparaît ;

2° Aux parents, qui se trouvaient, à l'époque de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, ses héritiers présomptifs à l'exclusion de ceux qui ont obtenu l'envoi, ou conjointement avec eux ;

3° A ceux qui apportent la preuve soit de l'existence, soit du décès de l'absent à une époque autre que celle d'après laquelle les héritiers et les autres ayants droit ont été envoyés en possession des biens.

Examinons, dans ces trois hypothèses, combien de temps dure l'action en restitution, et ce qu'elle comprend.

179. — 1° Quant à l'absent lui-même, son action est imprescriptible; car envers lui, les envoyés n'ont qu'une propriété résoluble; et sa réclamation anéantit leur titre d'héritier, ainsi démontré faux et impossible !

Nous avons dit que la disposition du projet, qui lui refusait toute action à partir de l'envoi définitif, avait été abandonnée ; à quelque époque donc qu'il réclame, son action est recevable.

180. — Mais l'étendue de cette action et son efficacité dépendent de l'époque à laquelle elle est formée :

Pendant l'envoi provisoire, elle comprend, en général, tous les biens, sous la réserve des fruits acquis par les envoyés, en vertu de l'article 127.

Pendant l'envoi définitif, c'est l'article 132 qui fait à cet égard la règle; nous l'avons développée plus haut (*supra*, nos 159-177).

181. — 2° Dans cette seconde hypothèse, l'état d'absence ne change pas; seulement, le demandeur soutient qu'au jour des dernières nouvelles, il était héritier présomptif, à l'exclusion de celui qui a obtenu l'envoi en possession, ou conjointement avec lui. Il ne s'agit, comme dit Proudhon, que d'un changement d'héritier (t. I, p. 332).

A cet égard, la demande peut être formée par voie d'action principale, sans qu'il soit nécessaire d'attaquer par tierce opposition le jugement de déclaration d'absence et d'envoi en possession, qui, nous le savons (*supra*, n° 63), est rendu sur simple requête (Bourges, 2 mars 1831, Roumier, D., 1833, II, 58; Cass., 2 déc. 1834, Tuilot, D., 1835, I, 153).

182. — Et d'abord, pendant combien de temps l'action, dans ce cas, peut-elle être intentée?

Il faut distinguer :

Tous les parents de l'absent, autres que ses enfants et ses descendants, doivent réclamer dans les trente ans qui suivent l'envoi provisoire;

Ses enfants et ses descendants peuvent agir, au contraire, encore dans les trente ans, à compter de l'envoi définitif (art. 133).

Objectera-t-on, contre la première partie de cette distinction, que les envoyés provisoires, n'étant que des dépositaires et des administrateurs comptables, ne devraient pas pouvoir prescrire même contre les parents collatéraux? (Talandier, p. 236-239.)

Je ferai deux réponses :

1° C'est à l'égard de l'absent (art. 125), c'est bien aussi, sous certains rapports, à l'égard des tiers, que les envoyés provisoires sont des dépositaires et des administrateurs. Mais à l'égard des autres parents, la vérité est qu'ils recueillent, par une sorte d'ouverture provisoire, la succession de l'absent, et qu'ils reçoivent les biens en effet, avec l'intention de les conserver toujours

pour eux-mêmes, s'il ne revient pas. Aussi, les autres parents, qui se prétendent héritiers plus proches au jour des dernières nouvelles, exercent-ils une sorte d'action en pétition d'hérédité; or, cette action ne dure que trente ans, à partir du jour où elle est ouverte (art. 2262); et puisqu'ils ont pu agir dès le jour où d'autres parents ont obtenu l'envoi provisoire à leur préjudice, il s'ensuit que leur action est prescrite au bout de trente ans, à compter de ce jour.

2° L'article 133, en n'accordant qu'aux descendants de l'absent le droit d'agir dans les trente ans qui suivent l'envoi définitif, sans prouver l'existence ou le décès de l'absent, cet article tranche, par cela même, la question en sens contraire à l'égard de tous les autres (comp. Merlin, *Rép.*, t. XVI, p. 17; Proudhon, t. I, p. 332; Duranton, t. I, n° 511; Demante, *Encyclop.*, n° 104; Zachariæ, t. I, p. 298; Plasman, t. I, p. 553-557; *voy.* aussi Cass., 24 nov. 1811, le préfet de la Loire-Infér., Sirey, 1812, I, 83).

183. — L'article 133 accorde d'ailleurs cette action aux enfants et descendants de l'absent dans les termes les plus absolus;

A ces enfants naturels aussi bien dès lors qu'à ses enfants légitimes (Toullier, t. I, n° 451; Duranton, t. I, n° 513; Zachariæ, t. I, p. 310);

A ses petits-enfants comme à ses enfants du premier degré. Il faudrait, pour exclure un petit-enfant de l'absent, qu'on prouvât contre lui que son père a renoncé ou était indigne; auquel cas, il ne pourrait pas venir par droit de transmission; ou que lui-même n'était pas conçu à l'époque des dernières nouvelles; auquel cas il ne pourrait pas représenter ses auteurs dans la succession de l'absent (art. 725).

184. — Le point de départ des trente ans étant l'envoi définitif, il s'ensuit qu'ils ne peuvent commencer à courir qu'autant qu'il a été prononcé (Toullier, t. I, n° 452).

C'est la condition sous laquelle seulement les envoyés peuvent prescrire contre les enfants (art. 133)

185.—C'est une question fort controversée que celle de savoir si l'article 133 détermine un délai préfix et invariable; ou bien, au contraire, s'il n'établit qu'une prescription ordinaire, susceptible, par conséquent, d'être suspendue par la minorité des enfants et descendants de l'absent (art. 2252).

Une opinion raisonne ainsi :

« D'après l'article 2264, les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre (*de la Prescription*), sont expliquées dans les titres qui leur sont propres. » Il existe donc, en cette matière, certaines règles spéciales; et telle est précisément celle de l'article 133, qui porte que les enfants pourront réclamer les biens *dans les trente ans*, sans admettre aucune suspension pour cause de minorité, comme l'a fait, par exemple, l'article 966 (Proudhon, t. I, p. 335). Ce n'est pas d'ailleurs une prescription véritable et proprement dite que l'article 133 établit; c'est un terme fatal, un délai préfixe et invariable (Duranton, t. I, n° 513; Talandier, p. 235); et on en conçoit facilement le motif. Songez donc qu'il y a au moins trente-cinq ans, et peut-être plus de quarante, que l'absent a disparu! Il ne fallait point perpétuer indéfiniment, par l'effet des minorités successives, l'incertitude dont se trouvent ainsi frappées les propriétés (Delvincourt, t. I, p. 50, note 4; Toullier, t. I, p. 453; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 156; Demante, t. I, n° 171 *bis*, IV; Taulier, t. I, p. 224).

Ces motifs sont graves, mais pourtant ne me persuadent pas :

Que fait l'article 133? Il détermine un délai, pendant lequel l'action sera recevable, après lequel elle ne le sera plus; or, tel est bien le caractère de la prescription. Ajoutez que ce délai a précisément la durée de la prescription

ordinaire (art. 2262); c'est donc bien véritablement une prescription; « or, la prescription ne court pas contre les mineurs et les interdits, sauf ce qui est dit à l'article 2278, et à l'exception des autres cas déterminés par la loi. » (Art. 2252.)

Quant à l'article 2264, il ne saurait avoir pour effet de soustraire absolument aux principes généraux de la prescription tous les articles antérieurs, dans lesquels la loi s'en est occupée. M. Valette enseigne avec raison que cet article a eu seulement pour objet d'établir que la promulgation du titre de la prescription n'abrogeait pas les articles relatifs à la prescription, qui se trouvaient antérieurement promulgués (sur Proudhon, t. I, p. 335 note *a*).

Nous ne voyons rien d'ailleurs ni dans le texte de l'article 133 ni dans les principes, qui puisse suffisamment motiver ici une exception à la règle de l'article 2252. Il serait extraordinaire que cet article 133, introduit dans l'intérêt des enfants et descendants de l'absent, leur enlevât d'un autre côté le bénéfice du droit commun; et remarquez que la conséquence pourrait en être très-grave, si on suppose que l'envoi définitif a été prononcé *de plano* et sans envoi provisoire, parce que l'absent aurait atteint sa centième année. Dans ce cas, les enfants mineurs pourraient se trouver déchus de leur action par l'effet d'une simple prescription de trente ans, qui aurait couru pendant leur minorité.

On se plaint de l'incertitude que cette suspension jette sur tous les droits!

A cette objection, deux réponses : d'abord, c'est l'article 2252, qui en fait la règle générale, dans l'intérêt des mineurs, dont la protection est aussi d'ordre public; et puis, remarquez que, dans notre espèce, les enfants seront obligés, dès qu'ils n'agissent qu'après l'envoi définitif, de laisser tous les fruits aux envoyés, et de ne reprendre les biens que dans l'état où ils se retrouveront.

Les tiers ne seront donc pas inquiétés. Les envoyés ne subiront aucune perte. En vérité, le mal est-il donc si grand! (Comp. Merlin, *Rép.*, t. XVI, p. 27, 28; Toullier, t. I, n° 453; de Moly, n° 690; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 558; Plasman, t. I, p. 249-251.)

186. — Reste à savoir en quoi consiste la restitution à faire par ceux qui ont obtenu l'envoi en possession, à ceux qui avaient le droit de l'obtenir de préférence ou du moins conjointement avec eux.

Il y a d'abord un cas qui ne saurait faire difficulté : c'est celui où les enfants et descendants de l'absent agissent après l'envoi définitif. Ils peuvent, dit l'article 133, *demander la restitution de ses biens, comme il est dit en l'article précédent*, c'est-à-dire *dans l'état où ils se trouveront* (art. 132). Il n'était pas en effet possible de leur accorder contre les envoyés définitifs plus de droits que n'en aurait l'absent lui-même.

187. — Mais des doutes sérieux s'élèvent, lorsque c'est par les envoyés provisoires que la restitution doit être faite.

Toullier a écrit (t. I, n° 433) « que l'héritier, qui aurait pu partager la jouissance que donne l'envoi en possession, et qui ne l'a pas fait, peut, après quinze ans, « réclamer sa part des revenus que la loi accorde aux « héritiers. » (*Voy.* aussi Cass., 30 août 1820, Tricaud de la Goutte, Sirey, 1820, I, 442; Agen, 16 avril 1822, David, Sirey, 1823, II, 65.)

Mais nous ne croyons pas qu'on puisse obliger l'envoyé provisoire à aucune restitution, envers qui que ce soit, de la part de revenus que l'article 127 attribue à celui qui a obtenu l'envoi :

Soit, en effet, que l'on considère cette part de revenus comme le prix de ses soins et de son administration, soit qu'on y voie un effet de sa possession de bonne foi, elle doit rester exclusivement à celui qui seul a géré, qui seul a possédé; les autres n'y ont droit

à aucun titre, et ne sauraient venir ainsi *ad paratas epulas!*

L'avis de Toullier ne devrait être admis, qu'autant que les envoyés provisoires seraient de mauvaise foi à l'égard de ceux au préjudice desquels ils auraient obtenu l'envoi (Delvincourt, t. I, p. 276, note 2; Duranton, t. I, n° 497; de Moly, n° 485).

188. — On peut aller plus loin et demander si ceux qui ont obtenu de bonne foi l'envoi provisoire à l'exclusion d'autres héritiers plus proches ou d'égal degré, doivent leur restituer une part quelconque de fruits, même le cinquième ou le dixième, qu'ils seraient forcés de rendre à l'absent, s'il revenait, ou à ses héritiers, si son décès était prouvé? (Art. 127, 130.)

Pour la négative, on raisonne ainsi :

Ceux qui réclament l'envoi en possession, par le motif qu'ils étaient les héritiers présomptifs préférables à l'époque des dernières nouvelles, ceux-là intentent une sorte de pétition d'hérédité; et voilà bien pourquoi nous avons dit que leur action était prescrite au bout de trente ans, à dater de l'envoi provisoire obtenu par d'autres (*supra*, n° 182); cette action doit donc aussi, sous les autres rapports, être régie par les mêmes principes que la pétition d'hérédité. En conséquence, si ceux qui ont obtenu l'envoi provisoire sont de mauvaise foi, ils doivent rendre tous les fruits; s'ils sont de bonne foi, ils n'en doivent rendre aucun (art. 138-549). L'article 127, en effet, n'est applicable à l'envoyé provisoire que dans ses rapports envers l'absent ou envers ceux qui agissent de son chef (art. 127-130), mais non pas dans les rapports de l'envoyé avec les tiers, avec les autres parents, qui prétendent l'évincer de l'envoi en possession (comp. Cass., 3 avril 1821, Duvau de Chavagne, Sirey, 1821, I, 325; Rouen, 7 déc. 1840, la régie des dom., Dev., 1841, II, 209; Merlin, *Rép.*, t. XVI, p. 25; Zachariæ Aubry et Rau, t. I, p. 546; Plasman, t. I, p. 163, 167).

Cette argumentation est pressante; et j'avoue qu'elle m'a fait hésiter. Je crois pourtant que l'envoyé provisoire devrait, dans ce cas, rendre la part de fruits réservée à l'absent, le cinquième ou le dixième, suivant l'époque à laquelle l'action aurait été formée :

1° Les demandeurs ont alors le droit d'être substitués, en tout ou en partie, à la position de ceux qui ont obtenu, à leur préjudice, l'envoi provisoire; tel est l'objet de leur action. Ce qu'ils réclament, c'est l'envoi en possession des biens, qui, en ce moment, appartiennent à l'absent; or, la part des fruits, qui a dû être conservée par ceux qui ont mal à propos obtenu l'envoi provisoire, a grossi son patrimoine; donc, elle doit être restituée; cette action, à la vérité, doit être exercée dans les trente ans à compter de l'envoi provisoire, parce que telle est la durée la plus longue de toutes les actions (art. 2262); mais lorsqu'elle est exercée dans ce délai, elle a pour but et pour objet, je le répète, de faire passer dans d'autres mains l'envoi en possession, avec tous les biens qu'il comprend alors, avec tous ceux qu'il faudrait rendre à l'absent, s'il revenait.

2° La conséquence rigoureuse de l'opinion contraire serait que les envoyés provisoires, évincés par des parents plus proches, ne seraient tenus envers eux que comme l'héritier apparent de bonne foi l'est envers le véritable héritier, c'est-à-dire, ainsi que j'essayerai bientôt de l'établir, *quatenus locupletior factus est;* de telle sorte qu'ils ne seraient pas même responsables des dégradations par eux commises sur les biens de l'absent, s'ils n'en avaient retiré aucun profit.

Mais cette conséquence même, qui me paraît très-logique dans le système contraire, me paraît aussi un argument de plus contre lui. Pourquoi, en effet, le possesseur de bonne foi fait-il les fruits siens? précisément parce qu'il est de bonne foi, c'est-à-dire, parce qu'il a pu, sans faute, sans imprudence, consommer des fruits,

et même détériorer des biens qu'il croyait siens. Mais cette excuse, les envoyés provisoires ne l'ont pas! ils sont en faute, après tout, s'ils ont consommé tous les fruits, s'ils ont dégradé les biens. Sans doute il pouvait se faire qu'il n'en résultât contre eux aucune responsabilité. Mais s'il arrive que ces biens leur soient enlevés, il est alors démontré qu'ils ont commis une faute, dont il ne convient pas qu'ils profitent. En vain ils diraient que cette faute, ils ne l'ont commise qu'envers l'absent, et que ce n'est qu'envers lui qu'ils doivent en être responsables. La vérité est qu'ils ont fait ce qu'ils ne devaient pas faire; et il me semble qu'il est juste qu'ils en soient responsables envers ceux auxquels ce fait est préjudiciable.

3° Remarquez enfin qu'il faudrait, dans l'opinion contraire, qu'ils continuassent à fournir caution pour les fruits qu'ils conserveraient; de telle sorte que nous aurions alors deux classes distinctes d'envoyés.

Je penserais donc que les envoyés provisoires, évincés, seraient tenus de rendre la part de fruits qu'ils auraient dû restituer à l'absent lui-même, s'il se fût alors représenté.

189. — Il est bien entendu d'ailleurs qu'à compter de la demande en restitution formée contre eux par d'autres parents, les envoyés en possession doivent tous les fruits (art. 549, 550; Merlin, *Rép.*, t. XVI, p, 25; Cass., 3 août 1820, Tricaud de la Goutte, D., 1820, I, 529).

190. — 3° Enfin supposons qu'on apporte la preuve soit de l'existence de l'absent, soit de son décès à une époque autre que celle des dernières nouvelles, et d'après laquelle pourtant les héritiers et les autres ayants droit ont obtenu l'envoi en possession.

A. — Et d'abord, on prouve, de quelque manière que ce soit, par des nouvelles reçues directement ou indirectement, on prouve que l'absent existait encore à une époque postérieure aux dernières nouvelles, qui ont servi

de point de départ à la déclaration d'absence, qu'il existait soit pendant l'envoi provisoire, soit pendant l'envoi définitif ?

Il est bien clair que le jugement de déclaration d'absence et d'envoi en possession doit tomber, puisqu'il n'avait d'autre base que l'incertitude qui régnait sur la vie ou la mort de l'absent ; et nous ne croyons même pas qu'un nouveau jugement soit, à cet égard, en général, nécessaire, si d'ailleurs la preuve de l'existence de l'absent est reconnue (Plasman, t. I, p. 115-119).

Le jugement de déclaration d'absence doit, disons-nous, tomber. Cela est évident, si les dernières nouvelles qu'on produit ne remontent pas à plus de quatre ans ; dans ce cas, on en revient à la présomption d'absence (art. 131).

Mais il doit encore en être ainsi, lors même que les dernières nouvelles seraient déjà anciennes et remonteraient à plus de quatre ans. En effet, d'une part, le jugement de déclaration d'absence précédemment rendu ne peut subsister, puisque des nouvelles reçues depuis ont prouvé que l'absent existait encore à l'époque de ce jugement ; d'autre part, s'il est vrai qu'il se soit écoulé plus de quatre ans depuis la date de ces mêmes nouvelles, et que l'incertitude ait ainsi recommencé, il en résulte seulement qu'il y a lieu à un nouveau jugement de déclaration d'absence. Mais il faut dès lors observer aussi de nouveau toutes les conditions requises à cet effet, l'enquête, la publicité des jugements, etc. ; et cette nécessité existerait encore, lors même que ceux qui ont été envoyés en possession, en vertu du premier jugement, devraient aussi être envoyés en possession par le second jugement; car leurs droits doivent être changés, puisque de nouvelles périodes vont recommencer, et qu'il y aura un nouvel envoi en possession provisoire, qui pourra durer encore trente ans.

191. — B. Cette fois, c'est la mort de l'absent qui est

prouvée. Il est décédé à une époque postérieure à la déclaration d'absence.

L'article 130, qui règle cette pothèse, est ainsi conçu :

« La succession de l'absent sera ouverte du jour de « son décès prouvé, au profit des héritiers les plus pro- « ches à cette époque ; et ceux qui auraient joui des « biens de l'absent, seront tenus de les restituer, sous « la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'ar- « ticle 127. »

Cette disposition paraît, à première vue, très-simple et très-facile. Il en est effectivement de la preuve du décès de l'absent comme de la preuve de son existence. La fiction s'évanouit devant la vérité ; la présomption devant la certitude.

Néanmoins cet article 130 a soulevé de sérieuses controverses.

192. — On s'est demandé si, en cas de décès prouvé, les envoyés définitifs pouvaient être évincés par les parents de l'absent autres que ses descendants.

La négative s'appuie sur les arguments les plus graves :

1° D'après le projet primitif du Code (*supra*, n° 151), les envoyés définitifs ne pouvaient être évincés que par les descendants de l'absent, ils étaient désormais, à l'égard de tous autres, et sans excepter l'absent lui-même, propriétaires incommutables ; or, l'article 132 n'a étendu qu'à l'absent personnellement, et non à ses héritiers quelconques, le droit, qui n'appartenait d'abord qu'à ses héritiers directs, de réclamer les biens contre les envoyés définitifs ; donc, tous autres que l'absent lui-même et ses descendants y sont toujours non recevables.

2° Et voilà bien, en effet, ce qui résulte de l'article 130, qui, par ses termes mêmes et par la place qu'il occupe, ne peut s'appliquer qu'à la période de l'envoi

provisoire...... *Ceux*, dit-il, *qui auront joui des biens de l'absent, seront tenus de les restituer, sous la réserve des fruits par eux acquis en vertu de l'article* 127. Il les oblige donc à restituer les biens, c'est-à-dire tous les biens; or, si cet article s'appliquait à l'envoi définitif, il en résulterait que les héritiers collatéraux de l'absent auraient plus de droits que ses enfants, que dis-je? plus de droits que lui-même! puisque ses enfants et lui-même ne peuvent alors reprendre les biens que dans l'état où ils se trouvent! (Art. 132-133.) — *Sous la réserve des fruits par eux acquis*, dit encore l'article 130; preuve nouvelle qu'il ne se réfère et ne s'applique qu'à l'envoi provisoire, pendant lequel seulement une certaine portion de fruits est réservée à l'absent. Comparez enfin les articles 130 et 131 d'une part, avec les articles 132 et 133 d'autre part; et vous reconnaîtrez, par la place où se trouve l'article 130, qu'il s'applique, avec l'article 131, à l'envoi provisoire, de la même manière que les articles 132 et 133 s'appliquent ensemble à l'envoi définitif (Malleville, art. 130; Zachariæ, t. I, p. 310-312; Favard, *Répert.*, v° *Absence*, sect. III, § 1).

J'adopterai pourtant l'opinion contraire:

En règle générale, la succession s'ouvre par la mort (art. 718); et les héritiers les plus proches à cette époque ont dès lors une action en pétition d'hérédité, laquelle dure trente ans (art. 137, 2262). Reste à savoir s'il y a, dans notre sujet, une exception à ce principe. Or, je n'en vois aucune ni dans le texte ni dans la raison. L'article 130 commence lui-même par poser, en termes absolus, la règle générale que je viens de rappeler.

« La succession de l'absent sera ouverte du jour de son « décès prouvé, au profit des héritiers les plus proches « à cette époque.... »

Et ceci est d'autant plus significatif, que la première rédaction de l'article 130 (art. 19 du projet présenté à la séance du 24 fructidor an IX) donnait raison au premier

système, en déclarant positivement que la succession ne serait ouverte au profit des héritiers les plus proches, qu'autant que le décès serait prouvé *pendant l'envoi en possession provisoire*. La suppression de ces derniers mots, dans le projet présenté à la séance du 4 frimaire, témoigne assez de l'esprit dans lequel l'article 130 a été finalement rédigé. Faut-il donc, après cela, s'étonner beaucoup de ce qu'il est resté, dans cet article, quelque trace du projet abandonné? N'est-ce pas uniquement parce qu'il ne s'appliquait d'abord qu'à l'envoi en possession provisoire, qu'il parle de la restitution des biens en général, et d'une réserve sur les fruits, sans distinguer entre l'envoi provisoire et l'envoi définitif?

Quant à la place qu'occupe cet article, remarquez 1° qu'il vient immédiatement après l'article 129, qui a prononcé l'envoi définitif; 2° que la distribution des articles dans le Code Napoléon, et particulièrement dans notre titre, n'est pas conçue dans un ordre assez méthodique et assez rationnel, pour qu'il soit permis d'en tirer des arguments bien décisifs.

Enfin nous avons dit que si l'article 133 crée au profit des enfants et des descendants de l'absent un bénéfice spécial, c'est en ce sens seulement qu'ils peuvent, même sans apporter la preuve du décès de l'absent, évincer les envoyés définitifs pendant trente ans; mais telle n'est pas notre hypothèse; le décès est prouvé; qu'est-ce à dire? que nous rentrons dans le droit commun; que toutes les fictions et présomptions disparaissent; qu'il n'y a plus d'absence, plus d'envoyés; et qu'enfin les héritiers véritables ont, à partir de ce moment, la pétition d'hérédité pendant trente ans, sans qu'aucune prescription puisse être opposée à ce droit nouveau, qui vient seulement de s'ouvrir; car la prescription ne saurait courir contre un droit, tant qu'il n'est pas ouvert, tant qu'il n'existe pas encore (comp. Delvincourt, t. I, p. 50, note 4; Toullier,

t. I, n° 455; Duranton, t. I, n° 530, 531; Thémis, t. V, p. 124-129; Valette sur Proudhon, t. I, p. 336-338, et *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol.*, p. 69; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 559, 560; Massé et Vergé, t. I, p. 167).

Telle est également l'opinion de Demante, qui ne l'exprime toutefois que sous la forme du doute.... *peut-être* (*Encyclop.*, n° 95 et 99; *voy.* aussi *Cours analyt.*, t. I, n° 171 *bis*, II).

193. — Dans le cas où le décès de l'absent a eu lieu pendant l'envoi provisoire, quel est le point de départ de la prescription de l'action en pétition d'hérédité qui appartient aux héritiers les plus proches à cette époque?

Est-ce le jour même du décès? Est-ce seulement l'envoi en possession définitif?

Pour prétendre que l'envoyé provisoire ne peut pas prescrire contre l'action en pétition d'hérédité, on dit :

Afin de prescrire, il faut posséder à titre de propriétaire (art. 2229); or, l'envoyé provisoire n'est qu'un dépositaire, un administrateur comptable, soumis à fournir caution (art. 123-125); donc, il ne peut pas prescrire contre le véritable héritier (art. 2236; de Moly, n° 703). On conçoit la prescription au profit de l'envoyé provisoire contre le parent qui, sans prouver le décès, soutient seulement qu'il était le plus proche héritier à l'époque des dernières nouvelles, et qu'il aurait dû obtenir l'envoi en possession. Ce sont là deux prétentions pareilles, deux droits de même nature; et l'un peut bien prescrire alors contre l'autre. Mais le décès, une fois prouvé, ce n'est pas l'envoi en possession, que le plus proche parent réclame; c'est l'héritier, c'est le propriétaire qui revendique et qui demande compte à l'envoyé.

Voyons pourtant : Et d'abord, si l'envoyé provisoire avait connu le décès et commencé dès lors à posséder

lui-même la succession à titre d'héritier, il est incontestable qu'il aurait aussi dès lors commencé à prescrire.

Mais je vais plus loin, et je pense que, dans tous les cas, l'action en pétition d'hérédité doit être prescrite par trente ans, à compter du décès :

Ainsi que je l'ai dit (*supra*, n° 182), l'envoyé, même provisoire, n'est pas absolument possesseur à titre précaire; il possède, à beaucoup d'égards, *animo domini*, avec l'intention de s'approprier et de conserver toujours les biens; ce n'est qu'envers l'absent et ceux qui viennent de son chef, qu'il est vraiment comptable; or, la succession une fois ouverte, les héritiers les plus proches agissent de leur propre chef.—Mais l'envoyé provisoire donne caution.—Eh mon Dieu! est-ce que les enfants naturels et le conjoint survivant ne donnent pas aussi caution? (Art. 771-773.) Or, ils n'en prescrivent pas moins comme possesseurs *pro suo*. Et remarquez pourtant que cette caution, les successeurs irréguliers la donnent, eux! précisément dans l'intérêt des héritiers légitimes, pour le cas où il s'en trouverait; tandis que l'envoyé donne caution beaucoup plus dans l'intérêt de l'absent que des autres prétendants qui pourraient se présenter.

Et puis, d'ailleurs, dès que le décès a eu lieu, il n'y a plus d'absence; le même événement change toutes les situations et intervertit tous les titres. Le parent le plus proche est dès lors héritier. Soit! mais l'envoyé est dès lors aussi possesseur d'une hérédité désormais ouverte et prescriptible (comp. Duranton, t. I, n° 531, Valette sur Proudhon, t. I, p. 333, note *a;* Demante, *Encyclop.*, n° 99).

194.—La solution, qui précède, peut néanmoins souffrir plus de difficultés, en ce qui concerne les enfants et les descendants directs de l'absent.

Faut-il décider que si le décès a eu lieu pendant l'envoi

provisoire, ils devront, eux aussi, agir dans les trente ans à compter de ce décès, et non plus dans les trente ans, à compter de l'envoi définitif?

Duranton pense qu'alors la prescription ne court qu'à partir de cette dernière époque :

« L'hérédité de l'absent, » dit-il, « n'était pas plus « au lieu où sont les biens possédés que dans le pays où « il est mort; un être de raison ne peut avoir de situa- « tion. Ces biens n'ont donc pas été possédés comme une « hérédité proprement dite, nonobstant ce que nous « avons dit plusieurs fois, que l'envoi en possession est « l'image de l'ouverture de la succession; car ce n'est là « qu'une fiction, dont les effets doivent être restreints au « cas pour lequel elle a été établie. D'après cela, il est « plus vrai de dire que les enfants ont eux-mêmes recueilli « l'hérédité, en faisant, dans le pays où leur père s'était « retiré, un acte quelconque d'héritier....; et les enfants « étant propriétaires des biens, en quelque pays qu'ils « fussent situés, les envoyés en possession provisoire « auraient continué, jusqu'à l'envoi définitif, à n'être, « par rapport à eux, que de simples dépositaires. » (T. I, n° 512; ajout. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 558.)

Cette opinion est assurément favorable dans l'intérêt des enfants; mais j'avoue qu'elle ne me semble pas fondée sur des motifs d'une rigoureuse logique.

Nous venons de dire (n° 193), et Duranton enseigne aussi (t. I, n° 531) que l'envoyé provisoire peut prescrire même contre l'héritier le plus proche au jour du décès, parce qu'il possède *animo domini* à l'égard de tout autre que de l'absent, ou de ceux qui exercent ses droits, et que dès lors l'action de l'héritier ne peut durer au delà de trente ans à partir du décès (art. 2262); or, je n'aperçois pas, sous ce rapport, de raison de différence essentielle entre les enfants et les autres parents héritiers de l'absent. Aussi, dans le cas où les enfants auraient connu le décès

et le fait de l'envoi en possession, me paraîtrait-il fort difficile de soustraire leur action à la prescription de trente ans, à partir même du décès (sauf, bien entendu, les interruptions telles que de droit).

Seulement, si l'époque du décès avait été ignorée, je comprendrais que, dans l'intérêt des enfants, on invoquât l'article 133, son esprit, la faveur toute spéciale qu'il a voulu leur accorder, pour en conclure que cette ignorance s'est opposée, pour eux, à tout changement de situation, et que dès lors leurs droits doivent toujours être régis par les règles de l'absence.

195. — Quelle est l'étendue de la restitution à laquelle sont tenus les envoyés, lorsqu'ils sont évincés par les héritiers les plus proches à l'époque du décès prouvé?

Il faut distinguer à quelle époque cette éviction se réalise : pendant l'envoi provisoire, ou après l'envoi définitif?

A. — Dans le premier cas, de deux choses l'une :

Ou les envoyés provisoires ont connu le décès de l'absent; ou ils ne l'ont pas connu.

S'ils l'ont connu, il me semble que leur position est dès lors la même que celle d'un parent qui se serait mis en possession d'une hérédité à laquelle il ne serait pas appelé. — En conséquence, étaient-ils de bonne foi, c'est-à-dire, se croyaient-ils eux-mêmes les héritiers les plus proches encore au moment du décès? Ils seront traités comme l'héritier apparent de bonne foi (art. 138; *infra*, nos 217 et suiv.). — Étaient-ils de mauvaise foi? Ils devront, en général, restituer tous les fruits et répondre des autres suites de leur possession (art. 550).

S'ils n'ont pas connu le décès, je crois qu'ils devraient rendre compte aux véritables héritiers de la part de fruits que d'après l'article 127 ils étaient obligés de mettre en réserve.

On pourrait objecter 1° que l'article 130, en ne les au-

torisant à retenir qu'une portion des fruits, ne s'applique qu'aux perceptions de fruits antérieures au décès de l'absent; 2° qu'à partir de ce décès, au contraire, ils sont soumis, envers les héritiers les plus proches, à une action ordinaire en pétition d'hérédité, et que dès lors ils doivent gagner tous les fruits, s'ils sont de bonne foi.

Je réponds : oui, s'ils sont de bonne foi! mais c'est là précisément ce qui me paraît contestable. Je comprends qu'on les traite comme héritiers apparents de bonne foi, lorsqu'ils ont connu le décès, et se sont considérés eux-mêmes comme héritiers. Mais tant qu'ils ont ignoré le décès, quel était donc leur devoir? c'était de conserver une certaine part des fruits; ils sont en faute de ne l'avoir pas fait; et il me semble qu'il ne serait pas juste qu'ils en profitassent.

C'est par ce motif aussi que je crois qu'ils seraient responsables des dégradations par eux commises (*voy.* au surplus *supra*, nos 187, 188).

196. — B. Lors, au contraire, que la restitution n'a lieu qu'après l'envoi définitif, elle ne comprend, à mon avis, que les biens dans l'état où ils se trouvent alors, et suivant les règles tracées par l'article 132.

Zachariæ toutefois prétend que si on accorde à d'autres qu'à l'absent et à ses descendants le droit, en cas de décès prouvé, d'évincer même les envoyés définitifs, la pétition d'hérédité ne sera pas, dans ce cas, soumise aux mêmes restrictions, parce que le texte de l'article 130 s'y oppose. D'où l'auteur conclut que ce droit, qui ferait aux parents collatéraux une position bien plus favorable qu'à l'absent lui-même et à ses descendants, ne saurait dès lors leur être attribué (t. I, p. 311).

Cet argument serait en effet irrésistible, s'il était fondé; mais je ne crois pas qu'il en soit ainsi.

D'une part, j'ai déjà expliqué (*supra*, n° 192) pourquoi l'article 130 parle de la restitution des biens en général, lorsqu'il s'agit de la preuve du décès; c'est qu'en

effet, d'abord l'action n'avait été accordée aux héritiers les plus proches que pendant l'envoi provisoire. On a supprimé cette restriction; mais la trace en est restée dans l'article du projet abandonné.

D'autre part, dès qu'il est reconnu que les héritiers, même collatéraux, les plus proches au jour du décès, peuvent évincer les envoyés définitifs, il est évident qu'on ne peut pas raisonnablement leur accorder plus de droits que n'en aurait l'absent lui-même ou ses descendants.

197. — Mais, bien entendu, nous supposons que les envoyés définitifs ne connaissent pas eux-mêmes le décès et la vocation des autres parents plus proches.

Dans le cas contraire, ils seraient possesseurs de mauvaise foi, et devraient être traités comme tels; ce serait là du reste une question de fait et d'appréciation.

198. — Dans ce qui précède (nos 190-197), nous avons toujours parlé des héritiers présomptifs de l'absent, parce qu'en effet, c'est à leur égard que s'élèveront le plus souvent toutes les questions relatives aux divers événements par suite desquels les envoyés en possession peuvent être évincés.

Mais il est bien certain d'ailleurs que les mêmes principes peuvent aussi, suivant les cas et la nature des différents droits, recevoir leur application aux autres envoyés spéciaux.

Ainsi, par exemple, ceux qui avaient des droits spéciaux, subordonnés à la condition de leur survie à l'absent, ont été envoyés en possession, parce qu'ils existaient à l'époque de ses dernières nouvelles : un légataire (art. 1039); l'appelé à une substitution (art 1053); un donataire de biens à venir (art. 1089) ; un donateur avec stipulation du droit de retour (art. 951, 952).

S'il résulte ensuite de la preuve de l'existence ou du décès de l'absent, que ces différentes personnes sont mortes avant lui, il y aura lieu à restitution de la part de leurs successeurs, puisqu'il est démontré que leurs

droits, au lieu de s'être réalisés par leur survie, ont été, au contraire, caducs par leur prédécès; et la restitution sera plus ou moins étendue, suivant qu'elle aura lieu pendant l'envoi provisoire ou après l'envoi définitif.

Quant au nu-propriétaire du bien dont l'absent avait l'usufruit ou à ses successeurs, il est clair que la preuve du décès, loin d'être contre eux une cause d'éviction, ne ferait qu'affermir leur droit (art. 617); seulement ils pourraient être tenus à la restitution d'une portion de fruits, s'il était prouvé que l'absent est décédé à une époque postérieure à l'envoi en possession provisoire (art. 127-130).

SECTION II.

DES DROITS ÉVENTUELS QUI PEUVENT S'OUVRIR AU PROFIT DE L'ABSENT DEPUIS SA DISPARITION OU SES DERNIÈRES NOUVELLES (SUPRA, N° 13).

SOMMAIRE.

199. — 1° Dans quels cas les articles 135-138 sont-ils applicables? — A quelle époque de l'absence et à quelle sorte de droits? — 2° Ceux qui recueillent des droits éventuels, à défaut de l'absent, sont-ils tenus de fournir des garanties ou de remplir des conditions quelconques? — 3° Quels sont les droits de l'absent qui reparaît, soit contre ceux qui ont recueilli les biens à son défaut, soit contre les tiers avec lesquels ils ont traité?

I. — Dans quels cas les articles 135-138 sont-ils applicables? — A quelle époque de l'absence et à quelle sorte de droits?

200. — Qu'est-ce qu'un droit éventuel, d'après l'article 135? — Exemples.

201. — Principes sur lesquels les articles 135-138 sont fondés.

202. — Celui dont l'existence n'est pas reconnue, ne peut pas faire nombre pour déterminer le montant de la réserve et de la quotité disponible.

203. — A quelle époque de l'absence les articles 135-138 sont-ils applicables? — Après la déclaration d'absence seulement? ou même déjà pendant la présomption d'absence?

204. — Suite.

205. — Suite.

206. — Ceux qui n'ont point d'abord méconnu l'existence de l'héritier, du légataire, etc., qui avait disparu, peuvent-ils ensuite, si son absence est plus tard déclarée, réclamer les biens qu'ils ont laissé recueillir par d'autres en son nom? — *Quid*, si un jugement avait dé-

II. — Ceux qui recueillent des droits éventuels à défaut de l'absent, sont-ils tenus de fournir des garanties, de remplir des conditions quelconques?

II. — Quels sont les droits de l'absent qui reparaît (ou de ses ayants cause)
1° contre ceux qui ont recueilli, à son défaut, les droits éventuels qui lui sont échus;
2° contre les tiers avec lesquels ils ont traité?

N° 1. — *Quels sont les droits de l'absent, qui reparaît, contre ceux qui ont recueilli, à son défaut, les droits éventuels qui lui sont échus?*

199.— Trois points principaux doivent être ici l'objet de notre examen :

1° Dans quels cas les articles 135-138 sont-ils applicables? c'est-à-dire à quelle époque de l'absence, et à quelle sorte de droits?

2° Ceux qui recueillent des droits éventuels, à défaut de l'absent, sont-ils tenus de fournir des garanties, de remplir des conditions quelconques?

3° Quels sont les droits de l'absent qui reparaît, soit

contre ceux qui ont recueilli les biens à son défaut, soit contre les tiers, avec lesquels ils ont traité ?

I. — Dans quels cas les articles 135-138 sont-ils applicables ? A quelle époque de l'absence et à quelle sorte de droits ?

200. — Nous n'avons parlé jusqu'à présent que des biens *qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles* (art. 120); et nous avons dit (*supra*, n° 85) qu'il fallait y comprendre aussi les droits même conditionnels, lorsqu'il s'agit d'une condition qui aurait pu s'accomplir utilement, après la mort de l'absent et au profit de ses héritiers (art. 1122-1179).

Mais il est des droits qui ne peuvent être acquis à celui qui est appelé à les recueillir, qu'autant qu'il existe lui-même au moment où ces droits s'ouvrent. Ce sont ceux que la loi appelle ici *éventuels*, c'est-à-dire, les droits futurs et incertains, qui sont subordonnés à l'existence de l'individu appelé à les recueillir, par le double motif en général : 1° qu'avant leur ouverture, ces droits ne sont pas encore nés et ne peuvent pas dès lors être acquis; 2° parce qu'ils s'adressent à l'individu lui-même, à lui personnellement, et que dès lors ils ne peuvent être transmis par lui à d'autres, qu'autant qu'il en a été lui-même et personnellement saisi.

Ainsi, par exemple :

1° Pour succéder, il faut nécessairement exister au moment de l'ouverture de la succession (art. 725).

2° Pour recueillir un legs, il faut exister au moment du décès du testateur, si le legs est pur et simple (art. 1039), et au moment de l'événement de la condition, s'il est conditionnel (art. 1040).

3° Pour profiter d'un droit de retour stipulé dans une donation entre-vifs, il faut que le donateur survive au donataire (art. 951).

4° Pour recueillir une substitution, il faut que l'appelé survive au grevé (art. 1048, 1049-1053).

5° Le donataire de biens à venir ne peut profiter de la donation qu'autant qu'il survit au donateur (art. 1089).

6° Le payement d'une rente viagère ne peut être demandé qu'autant qu'on justifie de l'existence du créancier ou de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée (art. 1983; comp. notre *Traité des donations entre-vifs et des testaments,* t. VI, n° 387).

201. — Eh bien donc, supposons que des droits de cette espèce, des droits éventuels, qui exigent l'existence actuelle de la personne appelée à les recueillir, supposons qu'ils s'ouvrent au profit d'un absent.

Qu'arrivera-t-il ?

L'article 135 répond ainsi :

« Quiconque réclamera un droit échu à un individu « dont l'existence ne sera pas reconnue devra prouver « que ledit individu existait quand le droit a été ouvert; « jusqu'à cette preuve, il sera déclaré non recevable dans « sa demande. »

Et l'article 136 (disposition importante, sur laquelle nous aurons bientôt à insister) fait immédiatement l'application de ce principe au cas le plus fréquent, à celui de l'ouverture d'une succession :

« S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un « individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera « dévolue exclusivement à ceux avec lesquels il aurait « eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient re- « cueillie à son défaut. »

Rien de plus conforme aux règles générales du droit que ces dispositions :

C'est au demandeur, plutôt c'est à celui qui affirme soit l'existence, soit l'extinction d'un droit, à prouver le fait qui sert de fondement à sa prétention (L. 2, ff. *de Probationibus;* art. 1315);

Or, ceux qui réclament une succession, un legs, etc., au nom de l'absent, affirment par cela même qu'il a pu

les recueillir, c'est-à-dire qu'il existait au moment où ces droits se sont ouverts;

Donc, ils doivent en fournir la preuve.

202. — De là il faut conclure que celui dont l'existence n'est pas reconnue ne doit pas être compté lorsqu'il s'agit de déterminer le montant de la réserve et de la quotité disponible; car la réserve est une partie de la succession *ab intestat*, et n'appartient au réservataire qu'à titre d'héritier; or, celui dont l'existence n'est pas reconnue ne peut pas être héritier, ni par conséquent réservataire (art. 725, 913; Toulouse, 1er mai 1823, Lannes, Sirey, 1823, II, 232; Bordeaux, 11 janv. 1834, Ouillé, Dev., 1834, II, 312; Cass., 23 mars 1841, Bessière, D., 1841, I, 177).

203. — A quelle époque de l'absence les articles 135 et 136 sont-ils applicables? après la déclaration d'absence seulement, ou bien même déjà pendant la période de la présomption d'absence?

On avait d'abord prétendu qu'ils n'étaient applicables qu'après l'absence déclarée; on raisonnait ainsi:

La section II, qui renferme les articles 135 et 136, fait partie du chapitre III, lequel traite *des Effets de l'absence* déclarée; la section II elle-même est intitulée: *des Effets de l'absence*; or, régulièrement, ce mot ne doit s'entendre que de l'absence pendant la seconde période, de l'absence *déclarée*. Ne serait-il pas injuste d'ailleurs et très-dangereux d'abandonner ainsi à d'autres, sans garanties (comme nous allons le voir, *infra*, n° 213), les biens qui échoient à un individu dont l'existence n'est pas, il est vrai, actuellement prouvée, mais qui n'est éloigné que depuis peu de temps de son domicile, et qui peut-être, et même probablement, existe encore? (Cass., 1er prairial an XIII, Marc, Sirey, 1805, I, 327; Malleville, sur les articles 135 et 136.)

Mais l'opinion contraire a décidément prévalu, et avec raison.

J'ai déjà remarqué que la distribution de notre titre n'était pas, à beaucoup près, irréprochable; les arguments fondés sur la place qu'occupe telle section ou tel article ne sauraient donc être bien péremptoires. En ce qui concerne surtout la distinction des périodes, j'ai dit qu'elle s'appliquait, sinon exclusivement, du moins d'une manière toute spéciale, aux biens qui appartenaient déjà à l'absent à l'époque de ses dernières nouvelles (*supra*, n° 10), et que ce n'était qu'avec beaucoup de réserve qu'il était permis de l'étendre à d'autres sujets; or précisément cette observation s'applique aux droits éventuels qui s'ouvrent depuis la disparition ou les dernières nouvelles. Le texte même des articles 135 et 136, comme aussi les principes généraux du droit, s'opposent ici à toute distinction d'époques.

Le texte : « Quiconque réclamera un droit échu à un « individu *dont l'existence ne sera pas reconnue...;* » or l'existence du présumé absent n'est pas reconnue; elle est déjà incertaine; donc les articles 135 et 136 lui sont applicables; et cet argument est d'autant plus décisif, que cette périphrase a été mise à dessein pour remplacer le mot *absent*, qui se trouvait dans le projet (art. 23, 24).

Les principes : En effet, celui qui prétend que le présumé absent existait encore lorsque le droit s'est ouvert affirme un fait dont la vérité est indispensable pour que son action soit fondée; donc c'est à lui, demandeur, à lui qui affirme, que doit être imposée l'obligation de la preuve.

La conséquence de ce qui précède est que l'article 113 ne peut dès lors s'appliquer qu'aux successions déjà ouvertes avant la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent, ou bien, s'il s'agit d'une succession ouverte depuis cette époque, dans le cas seulement où son existence ne serait pas méconnue par ceux qui auraient intérêt à la méconnaître. (Comp. Rennes, 9 avril 1810, Minist.

publ., Sirey, 1810, II, 246; Agen, 4 janv. 1808, héritiers Marens, Sirey, 1813, II, 299; Metz, 3 janv. 1860, Wagner, *J. du P.*, 1860, p. 122; Paris, 24 mars 1863, Moine, *Journ. des notaires et des avocats*, 1863, t. XCIV, p. 737; Merlin, *Rép.*, t. III, p. 334, v° *Déclar. d'absence*, et t. XVI, p. 33-36, v° *Absent;* Toullier t. I, n° 477; Proudhon, t. I, p. 263; Duranton t. I, n° 532-534; Demante, *Encyclop.*, n° 107-109; et *Cours analyt.*, t. I, n° 174 *bis*, I et II; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 561; Massé et Vergé, t. I, p. 158; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 222; Valette, *Explic. somm. du livre I du Code Napoléon*, p. 71; Plasman, t. I, p. 327-332.)

204. — Ainsi donc, le présumé absent conserve même les droits subordonnés à la condition de son existence qui lui étaient déjà acquis avant sa disparition : l'usufruit, les biens grevés de substitution, etc. (*Voy.* toutefois, en ce qui concerne la rente viagère, l'article 1983; Cass., 8 déc. 1824, Guénelou, Sirey, 1825, I, 54.)

Mais il n'en peut plus acquérir!

Réclamez-vous un droit subordonné à son décès? Prouvez son décès.

Réclamez-vous un droit subordonné à son existence? Prouvez son existence.

La balance est égale; et la maxime : *Onus probandi incumbit ei qui dicit*, règne alors sans partage; tandis que, après l'absence déclarée, la présomption de mort milite en faveur de tous ceux qui réclament, sur les biens qui appartenaient à l'absent lors de son départ ou de ses dernières nouvelles, des droits subordonnés à la condition de son décès (art. 123, 124).

205. — Mais, dit-on, le système qui applique les articles 135 et 136 pendant la présomption d'absence, ce système est plein de dangers! On n'osera plus s'éloigner de son domicile! car si une succession s'ouvre au

profit d'un voyageur, d'un marin, le lendemain de son départ ou de son embarquement, les autres intéressés méconnaîtront son existence, et pourront ainsi s'emparer de la succession à son préjudice, la dilapider peut-être, et en tous cas, gagner les fruits! (Art. 136-138.)

Proudhon fait, je crois, à cette objection une concession trop grande, en répondant, d'une manière absolue, que « sans doute on ne pourrait empêcher les héritiers présents d'entrer seuls en possession de l'hérédité ». (T. I, p. 268.)

C'est aux tribunaux, en effet, qu'il appartient alors de décider si les héritiers présents sont fondés raisonnablement à méconnaître l'existence de celui qui n'est pas là sur les lieux. Il ne faut pas non plus tomber dans l'exagération; et s'il est vrai que les articles 135 et 136 s'appliquent même à la présomption d'absence, n'oublions pas qu'ils ne s'appliquent du moins qu'à cette situation; ils appartiennent au titre de l'absence, c'est-à-dire à une hypothèse où il y a toujours, plus ou moins sans doute, mais enfin toujours incertitude sur l'existence de la personne. Si donc on ne se trouve pas dans le cas de la présomption d'absence, si les magistrats ne reconnaissent pas en fait cette situation, ni le texte ni les principes ne permettent qu'on autorise ceux qui sont présents à s'emparer de la succession ou des autres droits échus à celui dont l'existence n'est pas et ne peut pas être raisonnablement considérée comme incertaine. Nous savons qu'il ne faut pas confondre le *non-présent* avec le *présumé absent* (*supra*, n° 14); ce n'est qu'à ce dernier que les articles 135 et 136 sont applicables. Ce tempérament diminue beaucoup les inconvénients reprochés au système que j'adopte. (Comp. Delvincourt, t. I, p. 51, note 1; Duranton, t. I, n° 535; Demante, *Encyclop.*, n°s 111, 112, et *Cours analyt.*, t. I, n° 174 *bis*, III; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 561, 562; Massé et Vergé, t. I, p. 158.)

206. — Eh bien! précisément, ce que je viens de dire est arrivé. Le tribunal a décidé qu'il n'y avait pas incertitude sur l'existence de l'héritier de l'ayant droit qui n'était pas là actuellement sur les lieux; ou encore, si vous voulez, ses cohéritiers eux-mêmes l'ont admis; ils n'ont pas voulu peut-être profiter d'un droit rigoureux en méconnaissant son existence; ils ont craint peut-être aussi la nécessité d'un nouveau partage. En un mot, ils l'ont admis soit forcément, soit même volontairement.

Cependant il n'a pas reparu, on n'a point eu de ses nouvelles, et l'absence est ensuite déclarée.

Je demande alors si ceux qui n'ont pas méconnu son existence peuvent réclamer les biens qu'ils ont laissé recueillir par d'autres en son nom.

L'affirmative ne paraît pas douteuse :

1° L'envoi en possession ne comprend que *les biens qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles* (art. 120); or, les droits éventuels, ouverts seulement depuis cette époque, ne lui appartenaient pas alors, et n'ont pas pu lui appartenir depuis, puisque la présomption de mort, dès que l'absence est une fois déclarée, remonte jusqu'au dernier signe de vie donné par l'absent, et que cette présomption est la même pour tous; donc, ces droits doivent appartenir à ceux qui étaient appelés à les recueillir à son défaut.

2° Leur opposera-t-on soit le jugement qui aurait décidé que son existence n'était pas incertaine, soit leur consentement volontaire à l'admettre? Mais d'abord, et en ce qui concerne le jugement, il n'a pu statuer que quant à présent et sous la réserve d'une nouvelle action de la part des intéressés, si l'incertitude sur l'existence, qui n'a pas encore lieu, vient à s'élever plus tard par suite du défaut de nouvelles; et à l'égard de l'abandon volontaire, il ne saurait être aussi considéré, d'après l'in-

tention de ceux qui l'ont fait, que comme provisoire et conditionnel. Ils ont alors plutôt *supposé* que *reconnu* son existence; et un tel abandon, déclaré définitif, serait véritablement sans cause.

Les intéressés feraient bien sans doute de témoigner de cette intention par leurs réserves et leur protestations. Mais ce qui est prudent ne me paraît pas nécessaire; et je pense qu'en règle générale, et à moins de circonstances particulières, ils sont fondés à réclamer alors les biens, y compris les jouissances et les fruits. (*Supra*, n° 86; comp. notre *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. VI, n° 35; Proudhon, t. I, p. 284; Duranton, t. I, n° 536; Zachariæ, t. I, p. 315.)

207. — Demante (*Encyclop.*, n° 118) pense même qu'ils pourraient, suivant les cas, former leur demande avant la déclaration d'absence; et je ne vois pas en effet de difficulté à poser cette proposition en thèse générale.

Nous avons dit que le droit, pour les intéressés, de revenir contre l'abandon qu'ils avaient fait de la succession ou du legs, etc., dérivait de ce qu'ils avaient eu la volonté, l'intention de faire seulement un abandon provisoire, subordonné à la condition que l'individu appelé à recueillir ces droits était alors existant; or, tout ce qui dépend d'une interprétation de volonté est nécessairement variable; c'est là une question de fait et de circonstances abandonnée à l'appréciation des magistrats, qui pourraient reconnaître, dans l'espèce, que les parties ne se sont pas engagées nécessairement à attendre jusqu'à le déclaration d'absence.

208. — Celui dont l'existence n'est pas reconnue ne recueille donc pas les droits éventuels qui s'ouvrent à son profit.

Mais alors que deviennent ces droits, et par qui sont-ils recueillis?

La réponse nous paraît très-simple : ils doivent être

et ils sont effectivement recueillis par ceux qui y auraient été appelés si son décès était prouvé. L'incertitude sur l'existence doit, sous ce rapport, équivaloir pour eux au décès.

Ainsi, par exemple, le légataire substitué vulgairement recueillera le legs, si on ne prouve pas que le légataire premier institué existait à l'époque de l'ouverture du legs (art. 898, 1039, 1040).

De même l'héritier *ab intestat* du donateur de biens à venir recueillera les biens, si on ne prouve pas que le donataire existait à l'époque de la mort du donateur (art. 1089), etc.

Telle nous paraît être aussi la règle exprimée, en ce qui concerne les successions, par l'article 136 :

« S'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un « individu dont l'existence n'est pas reconnue, elle sera « dévolue exclusivement *à ceux avec lesquels il aurait eu* « *le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie* « *à son défaut.* »

209. — Proudhon, toutefois, donne à ces derniers mots une interprétation très-différente (*voy.* aussi Locré, sur l'article 136).

Peut-on être admis à succéder par représentation, au lieu et place d'un absent, lorsque son existence n'est pas reconnue?

Telle est la question qu'il se propose (t. I, p. 347), et qui peut se présenter dans deux cas :

1° Primus meurt; il avait deux fils : l'un, Secundus, qui est présent; l'autre, Tertius, dont l'existence n'est pas reconnue, mais qui a lui-même des enfants présents;

2° Primus meurt sans enfant; il avait deux frères : l'un, Secundus, présent; l'autre, Tertius, dont l'existence n'est pas reconnue, mais qui a lui-même des enfants présents.

Les petits-enfants, dans le premier cas, et les neveux,

dans le second, représenteraient incontestablement leur père dans la succession de leur aïeul ou de leur oncle, si leur père était décédé avant l'ouverture de cette succession (art. 740-742-744); le partage serait fait alors par moitié entre le fils ou le frère présent et les petits-fils ou les neveux du défunt (art. 743).

Eh bien! au contraire, Proudhon enseigne que dans notre hypothèse la succession tout entière doit appartenir au fils ou au frère, à l'exclusion des petits-fils ou des neveux. Il raisonne ainsi :

L'article 136 attribue la succession d'abord à ceux avec lesquels l'absent aurait eu le droit de concourir, ou bien, mais en second ordre, à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut; les deux vocations ne sont donc pas simultanées; l'une est principale, l'autre seulement subsidiaire.

C'est dès lors aux petits-fils ou aux neveux à prouver contre le fils ou contre le frère du défunt, qu'ils ont droit à la moitié de la succession, et par conséquent à quel titre ils y ont droit.

Or, précisément, cette preuve, ils ne peuvent la faire en aucun cas :

En effet, veulent-ils venir du chef de leur père? de deux choses l'une : ou c'est le *droit de transmission* qu'ils invoquent, et alors il faut qu'ils prouvent que leur père vivait à l'époque de l'ouverture de la succession, et qu'il est décédé depuis (art. 781); ou ils se présentent comme exerçant ses droits, et alors il faut qu'ils prouvent que leur père existe et qu'il accepte la succession; car ils ne peuvent pas se porter héritiers pour lui, et tant qu'il n'accepte pas lui-même, sa part accroît à ses cohéritiers (art. 786).

Veulent-ils venir *par représentation?* ils doivent alors prouver que leur père est mort avant l'ouverture de la succession (art. 744).

Les petits-fils ou les neveux, ne prouvant au contraire

ni la vie ni la mort de leur père, ne peuvent donc, à aucun titre, recueillir la moitié de sa succession.

Lebrun professait, sous l'ancien droit, le même sentiment; mais on peut voir qu'il le motive par des considérations qui n'auraient plus aujourd'hui aucune force (*des Successions*, liv. I, chap. I, sect. I, n° 11).

Parmi les auteurs modernes, l'honorable M. de Plasman, dans son consciencieux travail sur *l'Absence* (t. I, p. 333-342), pense que l'article 136 est si clair et si formel dans le sens de Proudhon, que le seul moyen d'en paralyser les effets est d'en réclamer la révision. Mais il reconnaît que ces effets sont tellement iniques, que les tribunaux, dit-il, ont raison, au moins moralement, de ne point appliquer ici la loi telle qu'elle est. (Comp. aussi Favard, *Rép.*, v° *Absence*, sect. III, § 2, n° 2.)

Rien ne me paraît plus dangereux que cette concession, et j'aime bien mieux la vérité que rappelle ailleurs M. de Plasman lui-même (t. I, p. 96) : que le magistrat doit toujours juger suivant la loi, *meminisce debet ne aliter judicet quam legibus proditum est* (Inst., *de Off. jud. princ.*).

Je n'hésiterais donc pas à dire qu'il faut appliquer l'article 136 suivant l'interprétation que lui donne Proudhon, si cette interprétation me paraissait fondée; mais je vais essayer d'établir qu'il n'en est pas ainsi.

Et d'abord, que cette interprétation produise une flagrante iniquité, c'est ce que tout le monde reconnaît! Dans quelque hypothèse en effet qu'on se place, le fils ou le frère présent ne devrait avoir que la moitié de la succession; et au contraire ils arriveraient ainsi, par de véritables subtilités, il faut bien le dire, à s'en emparer exclusivement! Il n'y aurait que le cas où le cohéritier absent serait renonçant ou indigne, que la succession tout entière pourrait appartenir à son cohéritier présent (art. 744-786); mais d'abord cette hypothèse suppose l'existence de l'absent, qui précisément n'est pas prou-

vée; et de plus elle suppose sa renonciation ou son indignité, qui au contraire ne se présument pas (art. 724-784). Ainsi donc, il est vrai de dire qu'en aucun cas, et quelque hypothèse qu'on adopte, le cohéritier présent ne peut avoir plus de la moitié; or, cela étant, il n'est pas possible d'admettre un résultat qui lui donne au contraire, dans tous les cas, la totalité! Aussi le texte bien compris de l'article 136, d'accord avec les principes, repousse-t-il une telle solution.

Le but essentiel de cet article est, ainsi que je l'ai dit (n° 208), d'appeler, à défaut de celui dont l'existence est méconnue, ceux-là même qui seraient héritiers à sa place si son décès était prouvé.

Eh! pourquoi donc, en effet, l'absent lui-même ne recueille-t-il pas! Je ne dis pas ici que c'est parce qu'il est présumé mort, mais c'est assurément parce qu'il n'est pas présumé vivant; or, s'il n'est pas présumé vivant, son existence ne saurait être un obstacle aux droits de ceux qui viennent à son défaut.

Je ne puis pas comprendre pourquoi l'incertitude qui règne sur sa vie et sur sa mort profiterait plutôt au fils ou au frère présent qu'aux petits-fils ou aux neveux! pourquoi on le réputerait vivant, pour le supposer renonçant, plutôt que de le réputer mort, pour appeler ses enfants par droit de représentation! Est-ce que le fils ou le frère ont, dans ce cas, une vocation préférable à celle des petits-fils ou des neveux? Mais non sans doute; l'incertitude sur le sort de l'absent est la même pour tous, et la seule chose à faire, la seule logique, la seule équitable, c'est de mettre à cette place que l'absent n'occupe pas ceux qui l'occuperaient s'il était en effet décédé. Les petits-fils et les neveux doivent donc venir *par représentation*.

Telle est en effet la décision de notre article 136; il aurait pu, il aurait dû même certainement se borner à dire que *la succession serait dévolue exclusivement à ceux*

qui l'auraient recueillie à son défaut; car ce n'est qu'en vertu de cette règle même qu'elle peut être dévolue à ceux *avec lesquels il aurait eu le droit de concourir.*

Mais il n'en est pas moins évident pour nous que lorsqu'il y a lieu à représentation (art. 741, 742), la succession doit être dévolue aux enfants de l'absent, qui sont précisément appelés à la recueillir à son défaut.

Supposez une autre hypothèse :

Une succession est échue à des collatéraux; un seul est héritier dans la ligne maternelle; d'autres dans la ligne paternelle (art. 733). Le parent appelé seul par son degré à recueillir la moitié affectée à la ligne maternelle est absent.

Direz-vous que sa part accroîtra aux héritiers de la ligne paternelle, qui recueilleraient ainsi la succession tout entière?

Il le faudrait certainement dans le système de Proudhon; et pourtant nous croyons encore qu'il est certain que les autres parents de la ligne maternelle, qui seraient venus à la succession en cas de décès prouvé, y viendront également dès que l'existence de celui qui seul les en aurait empêchés se trouve méconnue; autrement l'article 733, qui partage cette succession entre les deux lignes, serait ouvertement violé, de même que les articles 740 et 742 sont violés par le système de Proudhon, qui accorde toute la succession au fils ou au frère, au préjudice des petits-enfants ou des neveux du défunt, qui se présentent pour représenter leur père, et auxquels personne ne peut prouver que leur père existe encore et leur fait obstacle!

D'après tout ce qui précède, on voit que c'est par représentation que les petits-fils ou les neveux devront, selon moi, venir à la succession; car ils n'y pourraient venir autrement qu'en prouvant l'existence de leur père au moment de l'ouverture de la succession; or c'est le défaut de cette preuve, qui n'est faite ni par eux ni contre

eux, qui leur permet d'y venir par représentation. On devra dès lors leur appliquer tous les effets de ce mode de vocation (art. 848, etc.).

Il est bien entendu aussi que les petits-fils ou les neveux n'auront pas besoin d'attendre, pour succéder ainsi, la déclaration d'absence et l'envoi en possession, et qu'ils pourront recueillir leur part, même pendant la présomption d'absence. (Comp. Paris, 27 janv. 1812, Lacreuse, Sirey, 1812, II, 292; Cass., 10 nov. 1834, Carrin, D., 1826, I, 39. *Voy.* aussi Cass., 11 nov. 1828, Legay, D., 1829, I, 6; Delvincourt, t. I, p. 51, note 2; Merlin, *Rép.*, t. XVI, vº *Absent*, p. 45; de Moly, nº 640; Duranton, t. I, nº 547; Valette sur Proudhon, t. I, p. 353-355; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 562; Massé et Vergé, t. I, p. 159; Duvergier sur Toullier, t. I, nº 476, note *a*; Demante, *Encyclop.*, nº 119, et *Cours analyt.*, t. I, nº 174 *bis*, V; *Dissertation de Delalleau et de Sirey*, Sirey, 1815, II, 45; 1826, II, 293.)

II. — Ceux qui recueillent des droits éventuels à défaut de l'absent sont-ils tenus de fournir des garanties, de remplir des conditions quelconques ?

210. — Nous avons vu qu'à l'égard des biens qui appartenaient à l'absent lors de ses dernières nouvelles, la loi a pris trois sortes de mesures (*supra*, nº 89) :

1º Elle impose aux envoyés en possession provisoire l'obligation de faire inventaire, de fournir caution, de faire vendre les meubles, etc. ;

2º Elle limite leurs pouvoirs ;

3º Elle détermine la portion de fruits que l'absent de retour peut, suivant les cas, réclamer.

Existe-t-il quelques dispositions semblables en ce qui concerne ceux qui recueillent, à défaut de l'absent, les droits éventuels qui peuvent lui échoir?

Et d'abord, en principe, il est facile de comprendre combien la position des uns diffère de celle des autres.

Les envoyés en possession détiennent les biens de l'absent lui-même ; ils les détiennent en son nom, pour ainsi dire, comme ses mandataires, comme ses représentants. La loi pouvait donc, et devait même définir les conditions des pouvoirs qu'elle leur conférait sur ces biens.

Ceux, au contraire, qui, à défaut de l'absent, recueillent des droits éventuels, en sont saisis en leur propre nom et pour leur compte personnel. Les biens qu'ils reçoivent sont dès cet instant les leurs ; et ils ne tiennent à cet égard, absolument rien de l'absent. La succession, par exemple, si c'en est une, leur est dévolue à eux-mêmes (art. 136), et par conséquent ils la recueillent *pro suo,* à titre de propriétaires.

De là d'inévitables différences entre ces deux situations.

211. — Ainsi, 1° quant aux fruits, tandis que les envoyés en possession des biens de l'absent ne peuvent les retenir que suivant la proportion déterminée par l'article 127, l'article 138, au contraire, accorde immédiatement à ceux qui ont recueilli des successions ou autres droits à défaut de l'absent tous les fruits par eux perçus de bonne foi (art. 138, 549; *voy.* aussi *infra,* n° 222).

212. — 2° Tandis que la loi a limité les pouvoirs des envoyés en possession (art. 125-128), aucun texte n'apporte de restriction à la propriété et par suite à la libre disposition, qui appartient à ceux qui ont recueilli des droits éventuels à défaut de l'absent (art. 537-544).

Cela est logique assurément, puisqu'ils sont propriétaires.

Toutefois cette propriété n'est peut-être qu'apparente.

Qu'arrivera-t-il si l'absent existe encore?

Questions difficiles, que nous aborderons bientôt, et qui nous feront regretter que la loi n'ait pas réglementé plus spécialement cette propriété avec les diverses chances qu'elle comporte (*infra,* n°s 232 et suiv.).

213. — 3° Enfin on reconnaît généralement que ceux qui recueillent des droits éventuels, à défaut de l'absent, ne sont pas tenus, comme les envoyés en possession, de fournir caution (Rennes, 19 avril 1810, Minist. publ., Sirey, 1810, II, 246; Zachariæ, t. I, p. 313); et je ne vois pas même par quel moyen on pourrait les y contraindre dans le cas d'insolvabilité notoire.

Ils ne sont pas tenus de faire vendre le mobilier; c'est encore une proposition incontestée.

Mais du moins, lorsqu'il s'ouvre une succession à laquelle l'absent aurait droit, ceux qui la recueillent à son défaut ne doivent-ils pas faire apposer les scellés, et dresser un inventaire en présence d'un notaire nommé à cet effet pour représenter l'absent?

Sur ce dernier point les opinions sont partagées.

Pour l'affirmative, on invoque les textes mêmes de la loi, son esprit général, et enfin l'équité :

1° L'article 137 réserve à l'absent la pétition d'hérédité et ses autres droits; or, qui veut la fin veut les moyens; donc, il faut prendre des mesures pour l'exercice utile et efficace de cette action qu'on lui réserve; aussi l'article 113 déclare-t-il que le tribunal doit commettre un notaire pour représenter le présumé absent dans les inventaires où il peut être intéressé. Les articles 819 du Code Napoléon, 911-928 et 942 du Code de procédure exigent également, dans ce cas, des mesures conservatoires.

2° Tel est en effet l'esprit général de nos lois; c'est ainsi que les successeurs irréguliers, les enfants naturels, le conjoint survivant, l'État lui-même, doivent faire apposer les scellés et faire faire inventaire (art. 769), et même, excepté l'État, faire vendre le mobilier ou donner caution pour en assurer la restitution (art. 771-773); tout cela dans l'intérêt des héritiers légitimes, s'il arrivait qu'il s'en présentât plus tard. Or ces précautions sont, dans notre hypothèse, bien plus nécessaires encore; car enfin, dans le cas des articles 769 et suivants, on

n'a pas précisément de motifs pour croire qu'il y a d'autres héritiers; bien plus, il est permis de supposer alors qu'il n'en existe pas, puisque nul n'a répondu à l'appel qui a été fait (art. 770); mais ici, au contraire, on sait qu'il y a un héritier: seulement il ne se présente pas, et par suite son existence est méconnue; mais son décès n'est pas non plus prouvé, et il est très-possible qu'il revienne; donc, il est *a fortiori* nécessaire de pourvoir à ses intérêts.

3° Le système contraire n'accuserait-il pas la loi de contradiction et d'inconséquence?

Comment! pendant trente ans, à partir de la déclaration d'absence, elle exige une caution, elle limite les pouvoirs des envoyés en possession des biens de l'absent; et s'il s'ouvre une succession à son profit six mois, trois mois peut-être seulement après sa disparition, elle la livrerait de suite, sans aucune précaution, sans même un inventaire, à la merci de ceux qui méconnaissent son existence!

Les règles du droit et de l'équité, et l'intérêt public aussi, protestent contre une telle doctrine. Il y a donc lieu à apposition de scellés et à inventaire; ces mesures conservatoires profiteront à l'absent, et ne nuiront d'ailleurs à personne. (Comp. Riom, 20 mai 1816, Rougier, Sirey, 1818, II, 210; Paris, 26 févr. 1826, Langlois, Sirey, 1827, II, 16; Lyon, 29 décembre 1827, Sirey, 1828, II, 287; Duranton, t. I, n° 394.)

Cette opinion se recommande assurément par les motifs les plus sérieux; mais pourtant je ne crois pas qu'elle soit, dans l'état actuel de nos lois, rigoureusement conforme aux textes et aux principes qui en résultent.

Aux textes : Comparez en effet les articles 123 et 124 avec les articles 135 et 136, vous verrez que toutes les mesures requises par la loi, depuis l'inventaire des meubles et l'état des immeubles jusqu'à la caution de toutes les autres garanties, ne se rapportent qu'aux biens qui appartenaient

déjà à l'absent lors de sa disparition ou de ses dernières nouvelles. Rien de pareil dans les articles 135 et 136.

Aux principes : La différence est grande, ainsi que je l'ai dit, entre les envoyés en possession des biens de l'absent et ceux qui recueillent, à son défaut, des successions ou autres droits (*supra*, n° 210); et voilà bien pourquoi encore ces derniers, possédant *pro suo*, peuvent prescrire contre l'absent (art. 137), tandis que les envoyés, qui ne sont toujours que ses représentants, ne prescrivent jamais contre lui-même (art. 130-132).

Les arguments présentés par l'opinion contraire ne me paraissent pas suffisants pour cette démonstration.

L'article 113! Mais j'ai déjà remarqué (*supra*, n° 203) qu'il ne s'applique qu'aux successions ouvertes depuis la disparition ou les dernières nouvelles de l'absent, ou bien au cas où son existence n'est pas méconnue; autrement, cet article 113 serait en contradiction avec les articles 135 et 136; et enfin, si on appliquait cet article même aux successions ouvertes depuis son départ, et à l'égard desquelles son existence est méconnue, il faudrait logiquement aller jusqu'à dire que le notaire représentera aussi l'absent *dans la liquidation et le partage;* car le notaire a cette mission dans le cas prévu par l'article 113, qui, s'il est applicable, doit l'être nécessairement tout entier; or, personne ne va jusque-là; donc l'article 113 n'est pas en effet applicable.

L'article 137! Mais il réserve la pétition d'hérédité et les autres droits; voilà tout, et il n'impose aucune condition à ceux qui recueillent les droits, à défaut de l'absent.

Les articles 769 et suivants! Mais ils ne parlent que des successeurs irréguliers, et ne s'appliquent en aucune façon à notre espèce; et d'ailleurs il faudrait logiquement aussi aller jusqu'à dire, avec ces articles, que les héritiers présents doivent donner caution! or personne encore ne va jusque-là.

Enfin les articles 819 du Code Napoléon, 928 et 942 du Code de procédure, s'occupent évidemment des non-présents, c'est-à-dire de ceux dont l'existence n'est pas méconnue; et ils sont dès lors étrangers à l'espèce prévue et régie par les articles 135, 136.

Le tribunal, assurément, peut très-bien décider que l'existence n'est pas incertaine (*supra*, n° 205), et nommer en conséquence un notaire, par application des articles 928 et 942 du Code de procédure; mais alors nous ne sommes plus dans l'hypothèse des articles 135, 136. Ce ne sont pas les héritiers présents qui recueillent les biens à défaut de l'absent; c'est l'absent lui-même qui succède! Que si le tribunal reconnaît qu'il y a présomption d'absence, s'il décide qu'on est fondé à méconnaître l'existence de celui qui a disparu, alors je ne vois pas, en droit, comment on pourrait obliger les héritiers présents à faire inventaire.

Telle me paraît être la loi actuelle.

Aurait-elle pu être plus prévoyante? je le crois aussi moi-même.

« L'arrêt de la Cour de Riom, » dit Merlin, « est peut-être plus sage que la loi. » (*Rép.*, t. XVI, p. 36-38).

« On ne peut se dissimuler qu'en ceci la loi a manqué de prévoyance », dit également Toullier, en ajoutant qu'il serait à désirer que la jurisprudence de la Cour de Riom devînt générale. (T. I, n° 480; *voy.* aussi t. IV, n° 289.)

Enfin, Demante, à son tour, s'exprime ainsi : « Pour concilier tous les avis, on pourrait réserver la faculté de faire faire inventaire aux frais de l'absent.... » (*Encycl.*; n°s 111 et 115; *voy.* aussi Bruxelles, 20 juillet 1808, Jacqueline, Sirey, 1809, II, 160; Turin, 15 juin 1808, Badariotti, Sirey, 1810, II, 538; Aix, 30 août 1811, Giraud, Sirey, 1812, II, 27; Bordeaux, 16 mai 1832, Chatry, Dev., 1832, II, 432; Bordeaux, 16 déc. 1835, Romat, D., 1836, II, 62; Amiens, 12 déc. 1838, Thouret, D., 1839, II, 38; Caen, 26 juin 1843, Gaya, C. Rousselet, *Rec.*

de Caen, t. VII, p. 372; Bourges, 17 janv. 1872, Grosbot, Dev., 1872, II, 134; Merlin, *Repert.*, v° *Absent*, notes 3 et 4 sur l'article 136; Toullier, t. I, n° 480; Plasman, t. I, p. 68 et 343; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 563.)

Je ne serais donc pas surpris qu'il arrivât, dans la pratique, que l'inventaire fût ordonné, surtout si la succession s'ouvrait pendant la présomption d'absence; mais j'aime mieux, pour mon compte, reconnaître cette lacune et la signaler au législateur, que de demander à la jurisprudence la réforme, ce qui veut dire en pareil cas la violation même de la loi! (Comp. Caen, 22 févr. 1879, Martin, Dev., 1880-2-237; Caen, 25 févr. 1880, Dumaine, recueil des arrêts de Caen et de Rouen, 1880, p. 83.)

III. — Quels sont les droits de l'absent qui reparaît (ou de ses ayants cause) 1° contre ceux qui ont recueilli les biens à son défaut, 2° contre les tiers avec lesquels ils ont traité?

N° 1. — *Quels sont les droits de l'absent qui reparaît contre ceux qui ont recueilli les droits éventuels qui lui sont échus?*

214. — Les articles 137 et 138 sont ainsi conçus:

137 : « Les dispositions des deux articles précédents auront lieu, sans préjudice des actions en pétition d'hérédité et d'autres droits, lesquels compéteront à l'absent ou à ses représentants ou ayants cause, et ne s'éteindront que par le laps de temps établi pour la prescription. »

138 : « Tant que l'absent ne se présentera pas, ou que les actions ne seront point exercées de son chef, ceux qui auront recueilli la succession gagneront les fruits par eux perçus de bonne foi. »

Ainsi, l'absent peut réclamer les droits éventuels qui lui sont échus, contre ceux qui les ont recueillis à son défaut, sous la réserve des fruits qu'ils ont perçus de bonne foi (*infra*, n°s 215 et 222).

Ces dispositions sont en général applicables à tous les droits quelconques, succession, legs, rente viagère, donation avec clause de retour, etc.

Tel me paraît être le véritable sens de ces mots de l'article 137 : « .... sans préjudice des actions en pétition d'hérédité et *d'autres droits.* »

On a dit, il est vrai (Toullier, t. IV, n° 289, et t. VII, n° 31 ; Duranton, t. I, n° 578), que ces derniers mots avaient pour but de réserver à l'absent ses droits contre les tiers qui auraient traité avec le propriétaire apparent.

Quoique la généralité du texte autorise, jusqu'à un certain point, cette interprétation, je crois que celle que je propose est beaucoup plus conforme à la véritable pensée de la loi. Il me paraît certain que ces mots : *et d'autres droits*, se réfèrent à la disposition générale de l'article 135, comme les mots *pétition d'hérédité* se réfèrent à la disposition spéciale de l'article 136; et voilà même pourquoi l'article 137 se borne à dire, en termes généraux, que les actions de l'absent s'éteindront *par le laps de temps établi pour la prescription*, sans en déterminer la durée; c'est que précisément cette durée sera plus ou moins longue, suivant la nature du droit qui sera l'objet de l'action : trente ans en général pour la pétition d'hérédité (art. 2262), mais cinq ans seulement, par exemple, si l'absent de retour réclamait les arrérages d'une rente viagère (art. 2277 ; comp. Cass., 8. déc. 1824, Sirey, 1825, I, 158).

215. — Quant à l'article 138, ses termes, à la vérité, ne s'appliquent qu'à l'hypothèse d'une succession échue à l'absent et recueillie par d'autres.

Mais il n'en faut pas moins tenir pour certain encore que ceux qui auraient recueilli, à défaut de l'absent, tout autre droit, tels que le légataire, par exemple, qui lui aurait été substitué vulgairement (art. 898), où l'héritier *ab intestat* d'un donataire grevé du droit de retour et

mort sans enfants, etc., que tous ceux-là, s'ils sont de bonne foi, gagneront aussi les fruits.

Telle est la règle générale (art. 549, 1378).

Si l'article 138 ne parle que de la succession, c'est uniquement parce que cette règle ne s'appliquait pas autrefois au possesseur de bonne foi d'une hérédité; lequel, en vertu de la maxime *fructus augent hæreditatem*, était tenu de restituer les fruits qu'il avait encore au moment de la pétition d'hérédité (*infra*, n° 217). L'article 138 a eu pour but de le faire rentrer dans la règle commune, qui dès lors, loin d'être restreinte, se trouve ainsi généralisée et étendue par le Code Napoléon à tous les possesseurs de bonne foi sans distinction.

216. — Du reste, on ne peut pas nier que l'hypothèse d'une succession échue à l'absent, et recueillie, à son défaut, par d'autres, étant tout à la fois la plus fréquente et la plus importante, la loi s'en est visiblement plus préoccupée que des autres (comp. art. 136-138). Nous devons donc, en conséquence, l'examiner aussi d'une manière spéciale.

Or, en présence du laconisme de notre Code à cet égard, il sera utile d'exposer d'abord, en peu de mots, quel était l'état soit de la législation romaine, soit de notre ancienne jurisprudence française sur cette thèse importante de la pétition d'hérédité. (Comp. *de la Pétition d'hérédité en droit moderne*, par Alfred Serezia, avocat à la Cour d'appel de Gand, 1873.)

217. — A. Pour déterminer les droits de l'héritier véritable contre l'héritier *apparent* ou *putatif*, contre celui enfin qui s'était mis en possession de l'hérédité, le droit romain, le célèbre sénatus-consulte d'Adrien, faisait une distinction essentielle :

Si le possesseur était de mauvaise foi, il devait 1° restituer tous les biens dont il s'était emparé, et répondre des dégradations par lui commises (L. 31, § 3, ff. *de Petit. hæred.*), et même de la perte par cas fortuit, s'il était

reconnu qu'elle n'aurait pas eu lieu dans les mains du véritable héritier (L. 40, *princip. eodem*); 2° restituer aussi tous les fruits, non-seulement ceux qu'il avait perçus, mais encore ceux qu'il aurait pu percevoir (L. 25, §§ 3 et 4; L. 28, *eod.*).

S'il était de bonne foi, il n'était tenu que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouvait plus riche au moment de la demande (L. 20, § 6, *eod.*). Ce principe s'appliquait, sous un double rapport, et quant au fonds, et quant aux fruits :

Quant au fonds, c'est-à-dire quant aux biens eux-mêmes, à la substance, au capital, le possesseur de bonne foi ne devait rendre que les biens qu'il avait encore, et tels qu'il les avait, sans être responsable des détériorations, même par lui commises (L. 25, § 11, *eod.*). « Tunc « enim, quia quasi suam rem neglexit, nulli querelæ « subjectus est ante petitam hæreditatem. » (L. 31, § 3, *eod.*) De telle sorte que, s'il avait perdu ou dissipé, *lautius vivendo*, les biens héréditaires, et même un capital mobilier, un prix de vente, par exemple, par lui reçu, il n'était tenu de rendre que ce qui en restait encore.... *id quod durat* (L. 23 *princ. eod.*).

Quant aux fruits, le possesseur de bonne foi était, bien entendu, *a fortiori* dispensé de les rendre, s'il n'en avait pas profité, ou si le profit par lui retiré n'existait plus; mais, réciproquement, si les fruits existaient, ou s'il en avait retiré un bénéfice encore actuel, si, en un mot, il en était plus riche au moment de la demande, il était également soumis à la restitution de ce profit.

« In bonæ fidei possessore, hi tantum veniunt fructus « in restitutione, quasi augmenta hæreditatis, per quos locupletior factus est. » (L. 40, § 1, *eod.*)

De là cette maxime si connue : *Fructus augent hæreditatem* (L. 20, § 3; L. 28, *eod.*).

218. — B. Notre ancienne jurisprudence française avait généralement admis la distinction consacrée par le

droit romain (Pothier, *Traité de la Propriété*, nos 435-437, etc.; Merlin, *Rép.*, t. V, vo *Hérédité*, no 8).

Elle imposait, bien entendu, au possesseur de mauvaise foi la responsabilité de toutes les suites de son indue possession.

Quant au possesseur de bonne foi, elle admettait aussi le principe d'après lequel il ne doit être tenu que *quatenus ex ea re locupletior factus est;* seulement elle en modifiait, à certains égards, l'application :

Ainsi, *quant au fonds*, on considérait le possesseur comme d'autant plus riche, dès qu'il avait reçu un capital mobilier, sans examiner, comme faisait Ulpien (L. 23, ff. *de Hæred. petit.*), s'il l'avait conservé, ou s'il en avait tiré un profit encore existant dans son patrimoine au moment de la demande.

« Toutes les décisions des lois romaines que nous avons rapportées, dit Pothier, sont très-conformes aux principes de l'équité naturelle dans la théorie; mais il est très-difficile d'en faire l'application dans la pratique. En effet, il n'est guère possible de connaître si le possesseur de bonne foi, qui a reçu des sommes d'argent des débiteurs de la succession ou du prix de la vente des effets de cette succession, et qui les a employés, s'en trouve plus riche ou non au temps de la demande en pétition d'hérédité; il faudrait, pour cela, entrer dans le secret des affaires des particuliers, ce qui ne doit pas être permis. Il a fallu, dans notre pratique française, s'attacher à une autre règle sur cette matière, qui est que personne ne devant être présumé dissiper ce qui fait le fonds d'un bien qu'il croit lui appartenir, le possesseur de bonne foi des biens d'une succession est censé avoir profité de tout ce qui lui est parvenu des biens de cette succession, et qui en compose le fonds mobilier, et en profiter encore au temps de la pétition d'hérédité, à moins qu'il ne fasse apparoir du contraire. » (*Traité du Droit de propriété*, no 429.)

Ajoutez que les lois romaines reconnaissaient elles-mêmes, dans d'autres cas, la vérité de cette règle, beaucoup plus praticable, en effet, que celle d'Ulpien :

« .... Si vero in pecuniam res conversa sit, nihil amplius quærendum est quis sit exitus, sed omni modo « locupletior factus videtur, licet postea deperdat... » (Julien, L. 18, ff. *Quod metus causa.*)

En ce qui concerne *les fruits*, notre ancienne jurisprudence paraît bien avoir suivi les principes du droit romain.

Pothier exprime même, à cet égard, son regret en ces termes :

« .... Si un père de famille est présumé conserver ses fonds, il est au contraire présumé dépenser ses revenus; le possesseur de bonne foi regardant comme ses revenus les fruits qu'il perçoit des biens d'une succession qu'il croyait lui appartenir, il semble qu'on devrait présumer qu'il les a dépensés, soit en vivant plus largement, soit en les employant en aumônes, et qu'il n'en est pas enrichi, tant qu'on n'en justifie pas le contraire, et qu'il devrait en conséquence être déchargé des comptes des fruits. Il faut néanmoins convenir que notre pratique française est contraire, et qu'on exige de celui qui s'est mis en possession d'une succession, qu'il compte des fruits à l'héritier qui l'a évincé. » (*De la Propriété*, n° 430; Domat, *Lois civiles*, liv. III, t. v, sect. III, n° 9; *voy.* toutefois aussi Lebrun, *des Success.*, liv. II, chap. VII, sect. I, n°s 17 et 18.)

219. — Cela posé, arrivons au Code Napoléon.

Si le possesseur de l'hérédité est de mauvaise foi, tout le monde reconnaît que les anciens principes doivent être encore aujourd'hui observés :

Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer; or celui qui s'empare d'une succession qu'il sait appartenir à un autre commet un fait dom-

mageable au véritable héritier; donc il doit réparer les suites de ce quasi-délit, et indemniser l'héritier véritable des conséquences de son indue possession (art. 1378-1382).

Si donc, par exemple, il avait vendu un bien héréditaire, il serait tenu de restituer, non pas toujours le prix par lui reçu, mais la valeur réelle du bien, si elle était supérieure à ce prix (L. 20, § ult., ff. *de Hæred. petit.*; *voy.* aussi art. 1380-1935).

220. — Mais lorsque le possesseur de l'hérédité est de bonne foi, les opinions sont partagées sur le point de savoir quelle est aujourd'hui la position que le Code Napoléon lui a faite.

On prétend que, sous le Code Napoléon, le possesseur même de bonne foi doit restituer les biens, non pas *dans l'état où ils se trouvent*, comme dans l'hypothèse de l'article 132, mais dans *l'état où ils devraient être*, *sauf les pertes arrivées par force majeure.* C'est ainsi que Duranton s'exprime (t. I, comp. nos 509-572 et 589; *voy.* aussi Toullier, t. IX, p. 554-558; additions aux t. VII et VIII; et même aussi Troplong, *de la Vente*, t. II, n° 960, p. 563).

Dans l'intérêt de ce système, on peut raisonner ainsi:

1° Les articles 137 et 138, qui réservent à l'absent la pétition d'hérédité, accordent seulement au possesseur de bonne foi les fruits par lui perçus; mais ils ne disent absolument rien qui autorise à le dispenser de la restitution des biens eux-mêmes, du fonds, de la substance.

2° L'article 132 ne saurait être ici invoqué sous aucun rapport: d'abord, parce que son texte même ne s'applique qu'aux biens qui appartenaient déjà à l'absent lors de ses dernières nouvelles, et nullement aux droits éventuels qui ont été depuis recueillis par d'autres à son défaut; ensuite, parce qu'effectivement ces deux cas sont très-dissemblables! Lorsque l'article 123 reçoit son ap-

plication, l'envoi définitif est prononcé, c'est-à-dire que l'absence a duré au moins trente-cinq ans, ou qu'il s'est écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent. On comprend alors que la loi ait remis aux envoyés définitifs les pouvoirs les plus absolus sur ces biens, qui très-probablement et presque certainement sont les leurs! Au contraire, une succession peut échoir à une personne six mois après sa disparition. Ne serait-il pas injuste et dangereux, alors surtout qu'il n'y a lieu, d'après le Code Napoléon, de prendre aucune précaution dans son intérêt (*supra*, n° 213), ne serait-il pas très-injuste de ne pas lui réserver au moins le droit d'en exiger la restitution intégrale?

Ces motifs ne me persuadent pas; et je pense au contraire que maintenant encore le possesseur de bonne foi d'une hérédité n'est tenu de rendre les biens *que dans l'état où ils se trouvent* au moment de la demande.

Je vais d'abord essayer de prouver que le principe lui-même a été maintenu; je dirai ensuite de quelle manière l'application m'en paraît devoir être faite aujourd'hui :

1° Le Code Napoléon réserve à l'absent l'*action en pétition d'hérédité*, sans la définir, sans en déterminer le caractère et les effets; il est dès lors naturel et il est même presque nécessaire de supposer qu'il s'en réfère, à cet égard, aux règles précédemment suivies. Il n'y a point d'argument contraire à tirer de l'article 138, qui, dit-on, n'accorde que les fruits. Cet article, introduit dans l'intérêt du possesseur de bonne foi de l'hérédité, ne doit pas être retourné contre lui. Le Code Napoléon a seulement voulu tarir ainsi la source de toutes les recherches et de tous les comptes auxquels donnait lieu la question de savoir si le possesseur avait encore le profit résultant des fruits par lui perçus (*infra*, n° 222).

2° Les anciens principes devaient être en effet conservés, parcequ'ils reposent sur des motifs toujours vrais.

D'abord, les plus puissantes considérations d'équité, d'humanité, les recommandent. Le possesseur de bonne foi s'est cru propriétaire! il a agi en conséquence! et il pourrait se trouver très-injustement appauvri, ruiné même peut-être, s'il était tenu de répondre, sur ses propres biens, de tout ce qu'il a pu faire sur les biens de l'hérédité.

Mais, je le reconnais moi-même, de simples *considérations*, si respectables qu'elles puissent être, ne seraient pas suffisantes pour soutenir cette doctrine.

Eh bien donc, en logique, en droit, légalement enfin, je demande d'où dérive, après tout, l'obligation du possesseur de bonne foi d'une hérédité? quelle est sa source et sa cause?

Il n'y a de sa part ni contrat, ni délit, ni quasi-délit; il n'est obligé que comme détenteur, que comme possesseur; aussi la pétition d'hérédité est-elle en effet une action réelle (L. 25, § 18, ff. *de Hæred. petit.*); donc il n'est plus obligé, dès qu'il ne possède plus, à moins qu'il n'ait cessé par dol de posséder (L. 25, § 8, *eod.*). Son obligation, en un mot, dérive d'une sorte de quasi-contrat, dont nous devons, dans le silence de la loi, déterminer les effets d'après les traditions de l'ancienne jurisprudence, d'après les analogies de notre droit nouveau et les règles de l'équité; or tous ces éléments d'interprétation concourent à ce résultat, savoir : que l'unique obligation du possesseur de bonne foi est de ne pas s'enrichir aux dépens du véritable héritier; donc il remplit toute son obligation, et la loi aussi bien que l'équité est satisfaite lorsque, après avoir rendu tout ce qui lui reste de la succession, il demande grâce seulement pour son propre patrimoine! Les articles 132, 1379, 1380 et 1935 ne sont que l'application de ces principes.

On a cherché toutefois à écarter l'argument que nous en tirons; on a dit que ces dispositions étaient spé-

ciales, qu'elles s'expliquaient par des motifs particuliers.

Il faut s'entendre :

L'article 132 était nécessaire, en effet, à l'égard des envoyés en possession, qui, n'étant d'abord que dépositaires et administrateurs comptables (art. 125-128), ne pouvaient qu'en vertu d'une concession spéciale acquérir de tels pouvoirs sur les biens de l'absent. — Dans le cas des articles 1380 et 1935, il y a eu, dit-on, un fait de la part du propriétaire; il a lui-même livré sa chose! Cela est vrai; mais il l'a livrée par erreur dans le premier cas (art. 1377); et puis, n'y a-t-il donc rien à reprocher à l'absent? et le possesseur de l'hérédité, appelé par la loi elle-même à prendre sa place (art 136; *infra*, n°s 232 et 250), n'est-il donc pas digne aussi de son intérêt et de sa protection? Remarquez enfin, dans le cas de l'article 1935, que l'héritier du dépositaire était obligé, comme son auteur, par un contrat (art. 724), et que dès lors il était nécessaire qu'un texte spécial l'affranchît de l'obligation de restituer, qu'avait engendrée le contrat.

Mais, sauf ces différences accessoires et accidentelles, quelle est évidemment la grande règle qui sert de base à toutes ces dispositions, si ce n'est que celui qui a eu de légitimes motifs de se croire, et qui s'est cru, en effet, de bonne foi propriétaire d'une chose, ne doit pas être tenu au delà du profit qu'il en a retiré, dans ses rapports avec celui envers lequel il n'était obligé que comme détenteur?

C'est ainsi que Pothier enseigne que l'acheteur de bonne foi ne doit pas être tenu envers le véritable propriétaire, qui revendique sa chose, *des dégradations qu'il a faites avant qu'il eût aucune connaissance du droit du demandeur* (*de la Vente*, part. II, ch. III, n° 127; *voy.* aussi art. 1631).

De même, dans l'ancien droit, le tiers détenteur

n'était pas responsable, envers les créanciers hypothécaires, des dégradations qu'il avait pu commettre sur l'immeuble hypothéqué (Pothier, même ouvrage, nº 126; Loyseau, *du Déguerpissement*, liv. V, tit. XIV).

L'article 2175 a changé sur ce point, il est vrai, l'ancien droit, sans doute par le motif que la publicité des hypothèques avertit suffisamment le tiers détenteur qu'il doit s'abstenir de toute dégradation (Merlin, *Rép.*, vº *Délaissement par hypoth.*, t. III, p. 424). Mais c'est là une disposition particulière, qui n'en atteste que mieux le maintien de l'ancienne règle pour tous les autres cas (Merlin, *Quest, de droit*, vº *Héritier*, § 3, p. 343; Demante, t. I, nº 2, 176 *bis*, II et III : comp. Douai 13 janv. 1865, Jourdain, Dev. 1866, II, 61).

221. — On pourrait faire à cette théorie d'autres objections encore, qu'il me paraît nécessaire d'aborder et de résoudre ; car le sujet en vaut la peine !

Eh bien donc, on pourrait opposer les articles 1042 et 1245, desquels il résulte :

1° Que l'héritier est responsable envers le légataire, non pas seulement de sa faute, mais encore de son fait, c'est-à-dire que, lors même qu'il aurait agi de bonne foi, dans l'ignorance du legs, et se croyant par conséquent propriétaire de la chose léguée, il est tenu néanmoins de la dégradation ou de la perte provenant de son fait.

2° Qu'en règle générale, le débiteur d'un corps certain et déterminé répond effectivement des détériorations qui ne proviennent que de *son fait*, comme de celles qui proviennent de sa faute ; et l'article 1245 est à cet égard confirmé par l'article 1302, qui ne le déclare libéré par la perte de la chose qu'autant qu'elle a eu lieu par cas fortuit.

Telle est l'objection.

Voici ma réponse :

D'abord, il est certain que le droit romain lui-même

distinguait entre ces différentes hypothèses, et ne leur appliquait pas les mêmes principes. Tandis que du possesseur de bonne foi d'une hérédité, il disait : *Nulli querelæ subjectus est, qui rem quasi suam neglexit* (L. 31, § 3, ff. *de Hæred. petit.*), il déclarait en même temps responsable de tous ses faits personnels :

1° L'héritier débiteur d'un legs, même lorsque, ignorant l'existence du legs, il croyait que la chose léguée lui appartenait; c'est la disposition expresse du § 16, Institutes, *de Legatis*, lib. II, tit. xx, et des lois 63, ff. *de Leg.* 2°, et 25, § 2, ff. *ad Senat. Trebell.*, que reproduit notre article 1042;

2° Tout débiteur obligé, par l'effet d'un contrat, à livrer un corps certain et déterminé, lors même qu'il aurait ignoré la dette, comme, par exemple, l'héritier d'un vendeur ou d'un emprunteur, etc.; c'est la disposition expresse encore de la loi 191, § 2, ff. *de Verborum obligationibus*, que reproduit notre article 1245.

Ces distinctions, adoptées aussi par notre ancien droit français (Pothier, comp. *des Obligations*, n° 661; *des Donations testamentaires*, ch. v, sect. iii, § 5), et depuis consacrées par notre Code (art. 1042, 1245; Toullier, t. V, n° 536), doivent sans doute avoir une base sérieuse, et je pense qu'elles peuvent être, en effet, raisonnablement expliquées.

S'agit-il d'un contrat? Il est clair que la question ne saurait s'élever à l'égard de la partie elle-même qui y a figuré, et qui ne peut pas ignorer l'obligation qu'elle a personnellement contractée. Ce n'est donc que son héritier qui, dans l'ignorance de cette obligation, aura pu de bonne foi se croire propriétaire de l'objet dont elle le constituait débiteur. Eh bien! de deux choses l'une : ou il a accepté sous bénéfice d'inventaire, et alors, administrateur qu'il est (art. 803), il doit s'abstenir de tout acte qui aurait pour résultat de détériorer les biens de la succession : un fait de ce genre serait une faute dont il

devrait répondre, selon moi, aux termes de l'article 804; ou il a accepté purement et simplement, et alors il représente le défunt et se trouve ainsi garant de ses obligations (art. 724); or le défunt est responsable envers le créancier du fait de son héritier; c'est sa faute, en général, de ne l'avoir pas instruit de l'existence de l'obligation, de n'avoir pas laissé à cet égard les moyens d'avertissement nécessaires; donc l'héritier, comme représentant du défunt, est tenu même de son simple fait. Ajoutez que l'héritier, par son acceptation pure et simple, consent volontairement à se charger de tous les engagements connus ou inconnus du défunt, et se trouve ainsi en quelque sorte dans la position d'un débiteur qui aurait pris à son compte les cas fortuits, ainsi que cela est permis (art. 1134, 1302).

C'est par les mêmes motifs que l'on a soutenu que l'héritier, lors même qu'il est personnellement de bonne foi, ne peut pas gagner les fruits par lui perçus sur la chose d'autrui qu'il a trouvée dans la succession, si son auteur était de mauvaise foi; doctrine, au reste, que nous nous réservons d'apprécier plus tard spécialement. (Comp. notre *Traité de la Distinction des biens, de la Propriété*, etc., t. I, nos 613, 614; Caen, 25 juillet 1826, Haise, Sirey, 1828, II, 131; Douai, 1er juillet 1840, commune de Monchel, Dev., 1840, II, 488; et Duranton, t. IV, n° 357.)

Il me semble donc conforme aux principes que l'héritier réponde même seulement de son fait, fût-il de bonne foi, à l'égard des objets déterminés dont le défunt s'était constitué débiteur par contrat. Tel serait l'héritier d'un emprunteur à usage, d'un locataire, d'un vendeur. Sous ce rapport, l'article 1935 fait, au profit de l'héritier du dépositaire, une véritable exception, légitimée sans doute par le caractère du contrat et la faveur due au dépositaire, mais enfin une exception qui avait besoin d'être écrite (*supra*, n° 220; *voy.* Duranton, t. XII, n° 95).

A la bonne heure! dira-t-on, cela est bien pour les contrats; mais ce n'est point par un contrat que l'héritier est obligé envers les légataires; c'est seulement par un quasi-contrat (Inst. *de Oblig. quæ quasi ex contractu*, § 5, lib. III, tit. XXVII); et, par conséquent, reste encore l'objection tirée de ce que l'héritier, même de bonne foi et dans l'ignorance du legs, se croyant propriétaire, est néanmoins responsable de son simple fait, à l'égard de la chose léguée!

La réponse à cet argument est déjà faite par ce que je viens de dire : c'est que l'héritier, par son acceptation pure et simple, a consenti, a voulu prendre pour son compte toutes les *charges de la succession* (art. 724), toutes ses charges connues ou inconnues; il a voulu, dis-je, il a consenti, et il n'est pas dès lors recevable à se plaindre d'une situation qu'il s'est librement faite à lui-même. L'article 783 est une exception qu'on ne saurait étendre.

Mais supposez un autre quasi-contrat : vous m'avez payé un objet certain et déterminé que vous croyiez me devoir; je l'ai reçu de bonne foi, croyant aussi qu'il m'était dû. Serai-je responsable envers vous de mes faits à l'égard de cette chose tant que durera mon erreur et ma bonne foi? Non, dit très-nettement la loi 65, § 8, ff. *Condictione indebiti;* et Vinnius, dans son commentaire des Institutes (*de Legatis*, § 16), explique très-bien cette différence entre l'héritier qui demeure obligé envers le légataire, quoiqu'il ait affranchi de bonne foi l'esclave légué, et celui qui, ayant reçu de bonne foi en payement un esclave qui ne lui était pas dû, est néanmoins exempt de toute responsabilité, s'il l'a affranchi. C'est qu'en effet alors le détenteur de l'objet n'a pas consenti à s'obliger, et n'a pas su qu'il s'obligeait; c'est qu'il peut très-bien dire qu'il n'aurait pas voulu s'obliger, et qu'il aurait refusé, s'il avait su la vérité, l'objet qui lui était offert. D'où dérive donc alors uniquement

son obligation? de la détention même, de la détention seule de l'objet, ou, en d'autres termes, de l'équité, qui ne lui permet pas de s'enrichir aux dépens d'autrui.

« Indebiti condictio, » dit Vinnius, « ut pote ex bono « et æquo introducta est, nihil revocare consuevit, præ- « ter iniquum lucrum.... »

Et telle est aussi la doctrine de Pothier (*Traité de l'action* condictio indebiti, n° 170).

Objectera-t-on que précisément le Code Napoléon a dérogé à cette règle, et qu'il résulte de l'article 1379 que celui qui a reçu indûment, même de bonne foi, un immeuble ou un meuble corporel, est responsable *de sa faute*, dit le texte, qui explique ce mot en ne l'exemptant que de la responsabilité des cas fortuits?

Tel paraît être le sentiment de Duranton, qui ferait une différence entre l'acheteur évincé dans le cas prévu par l'article 1631 et celui qui a reçu indûment un corps certain, dans le cas de l'article 1379 (t. XIII, p. 714, note 1).

Pour moi, je ne ferais entre ces deux hypothèses, entre l'article 1379 et l'article 1631, aucune différence : d'une part, le texte même de l'article 1379 ne rend responsable que de sa *faute* celui qui a reçu de bonne foi la chose indûment payée; or, il n'y a point de faute de la part de celui qui a usé de bonne foi d'une chose qu'il croyait être la sienne. D'autre part, Domat nous explique ce qu'il peut y avoir d'équivoque et d'ambigu dans ce mot, tel qu'il est employé par l'article 1379 :

« .... Si c'est quelque autre chose que de l'argent qui doive être restitué, celui *qui commence de connaître cet engagement* doit prendre soin de la chose et la conserver jusqu'à ce qu'il la rende; mais si la chose est endommagée ou périt *avant que la demande lui en eût été faite, et qu'il fût en demeure de la restituer*, il n'en serait pas tenu, *quand même il y aurait de sa faute;* car sa condi-

tion doit être la même que s'il avait été maître de la chose. » (*Lois civiles*, liv. II, tit. VII, sect. III, n° 2.)

C'est qu'en effet, ce mot *faute*, dans la matière qui nous occupe, n'a pas une signification absolue et toujours la même; nul terme, au contraire, n'est susceptible d'un sens plus variable et plus relatif, suivant toutes les circonstances du fait (*infra*, n° 223; *voy.* aussi Zachariæ, t. II, p. 360).

En résumé, de tout ce qui précède, je conclus que le simple fait, sans mauvaise foi, laisse les choses dans la situation où elles étaient.

Y avait-il une obligation préexistante? il ne l'éteint pas.

N'y avait-il pas d'obligation préexistante? il n'en crée pas (comp. Ducaurroy, *Inst. expl. de Legatis*, § 16).

Or, cette dernière situation est celle de l'individu qui possède de bonne foi une succession qu'il croit lui appartenir;

Donc, il ne doit pas être tenu de son simple fait à l'égard des biens de l'hérédité (comp. notre *Traité des Engagements, qui se forment sans convention*, n° 469).

222. — Il nous reste a appliquer rapidement ces principes :

Aux fruits perçus par le possesseur de bonne foi de l'hérédité;

Aux dégradations par lui commises;

Aux aliénations par lui faites;

Aux prix de vente et autres capitaux par lui reçus.

A. — Quant aux fruits, l'article 138 est très-explicite et répond au vœu de Pothier (*supra*, n° 218).

On a toutefois prétendu que, même depuis le Code Napoléon, la règle : *fructus augent hæreditatem*, devait être encore observée en matière de pétition d'hérédité (Bordeaux, 20 mars 1834, héritiers Rabier, D., 1834, II, 375).

Mais j'avoue que j'ai peine à m'expliquer cette opinion

en présence de l'article 138. Qu'on soutienne que la maxime : *fructus augent hæreditatem*, n'est point absolument abrogée, et qu'elle doit être suivie hors le cas prévu par l'article 138, je le conçois; et, pour mon compte, je pense, en effet, qu'il en est ainsi, et qu'il faut distinguer, à cet égard, l'action en pétition d'hérédité d'avec l'action en partage, actions très-différentes, dont l'une, par exemple, se prescrit par trente ans (art. 137, 2262), tandis que l'autre, l'action en partage proprement dite, est imprescriptible (art. 815). Je comprends, dis-je, qu'on soutienne que dans l'action en partage, et lorsqu'il s'agit de savoir quels sont les droits des copartageants contre celui d'entre eux qui a perçu les fruits de l'hérédité, on invoque aujourd'hui encore la maxime : *fructus augent hæreditatem*, pour soutenir que ces fruits doivent être compris dans la masse, et dès lors imputés sur la part héréditaire de celui qui les a perçus, s'il ne les rapporte pas en nature. J'essayerai plus tard d'établir que telle est, en effet, la conséquence des articles 829-831 (*Inst., de Officio judicis*, § 4; comp. Cass., 24 févr. 1829, Cassagnard, D., 1829, I, 158; Pau, 28 juillet 1828, Lalande, D., 1829, II, 77; Cass., 11 août 1830, Legal, D., 1830, I, 382; Poitiers, 27 janvier 1839, Ardouin, Dev., 1839, II, 288; Paris, 30 avr. 1859, le domaine de l'État, Dev., 1860, II, 625; *voy.* aussi notre *Traité des Successions*, t. IV, n° 475).

Mais, en matière de pétition d'hérédité et dans les rapports de l'héritier véritable envers le possesseur de bonne foi, le doute ne me paraît pas même possible; et tous les fruits appartiennent certainement à ce dernier, lorsqu'ils ont été par lui perçus de bonne foi.

Aussi, chose étrange! l'arrêt précité de la Cour de Bordeaux, qui juge le contraire, n'a-t-il pas même visé l'article 138 (Cass., 3 avril 1821, Duvau de Chavagne, Sirey, 1821, I, 325; Cass., 18 août 1830, P.... C. H..., Dev., 1830, I, 312; Paris, 5 juillet 1834, Tayé, et Ri-

goux, Dev., 1834, II, 416; Cass., 21 janv. 1852, de Nettancourt, Dev., 1852, I, 102; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 185; Demante, t. I, n° 176 *bis*, I).

223. — B. Le possesseur de bonne foi a dégradé les biens héréditaires; il a, par exemple, abattu un bois, ou démoli une maison?

Il n'en sera pas responsable, si ce n'est jusqu'à concurrence du profit qu'il en aura retiré (art. 1632).

Je ne voudrais pas dire sans doute qu'il fallût l'exempter de toute responsabilité, s'il s'agissait de déprédations, de dévastations injustifiables, et qui feraient ainsi suspecter même sa bonne foi! Je parle de ces actes, de ces changements, même de ces démolitions, que, pour me servir des expressions de Loyseau, *il aurait pu faire sur l'héritage sans fraude, comme maître et seigneur peut faire pour sa commodité* (*du Déguerpissement*, liv. V, ch. XIV).

J'admets même, à cet égard, une certaine latitude d'appréciation de la part des magistrats, eu égard surtout à l'époque à laquelle la succession s'est ouverte depuis la disparition de l'absent; et je réponds ainsi à l'argument de l'opinion contraire qui consiste à dire que l'article 132 n'exempte de toute responsabilité, à l'égard des biens de l'absent, que les envoyés définitifs, c'est-à-dire lorsqu'il s'est écoulé trente-cinq ans au moins depuis ses dernières nouvelles; tandis que, pour les successions à lui échues, cette immunité serait accordée six mois, trois mois peut-être seulement après sa disparition, à ceux qui les recueillent à son défaut (*supra*, n° 220).

Remarquez, en effet, que cette opinion elle-même serait très-injuste, s'il s'agissait de successions échues longtemps après la disparition, après l'absence déclarée, échues peut-être après l'envoi définitif! et qu'il arriverait alors que ceux qui posséderaient *pro suo* les biens à eux dévolus personnellement par la loi, seraient néanmoins traités plus rigoureusement que les envoyés, qui

ne possèdent les biens de l'absent que comme ses représentants !

Ce qu'il y a de mieux donc, de plus logique à la fois et de plus équitable, c'est de voir ici une question de fait et de bonne foi, et de mesurer l'étendue des obligations de l'héritier apparent, suivant les circonstances qui justifient plus ou moins sa conduite, suivant, par exemple, que la succession se sera ouverte pendant la présomption d'absence, ou bien après l'absence déclarée (comp. Cass., 19 février. 1839, Rigoux, Dev., 1839, I, 505).

224. — C. Si l'aliénation faite par le possesseur de bonne foi a eu lieu à titre gratuit, il n'est tenu à aucune indemnité, puisqu'il a cessé sans dol de posséder l'objet donné.

Si elle a eu lieu à titre onéreux, il ne doit que le prix par lui reçu, lors même que ce prix serait inférieur à la valeur réelle de la chose (art. 1380, 1935; Cass., 20 janv. 1841, Martin, Dev., 1841, I, 231 ; Zachariæ, t. IV, p. 302; Zachariæ, Aubry et Rau, t. V, p. 188).

Nous rechercherons bientôt (nos 232 et suiv.), quels sont les droits de l'absent qui reparaît (ou de ses ayants cause) contre les tiers acquéreurs; et nous verrons si le possesseur de bonne foi devrait être indemnisé par lui des suites de l'action en garantie, dans le cas où on admettrait que les tiers acquéreurs peuvent être évincés.

225. — D. Enfin, quant aux prix de vente et aux capitaux reçus par le possesseur de bonne foi, je ne crois pas qu'on puisse admettre, avec le Droit romain, qu'il ne sera tenu de les restituer qu'autant qu'il en serait encore plus riche au moment de la demande.

Pothier a fort bien prouvé (*supra*, n° 218) que ces recherches étaient, en fait, impraticables.

Il faut donc dire qu'il sera réputé avoir profité de tous les capitaux par lui reçus. Le principe lui-même n'est pas changé; le possesseur de bonne foi de l'hérédité n'est toujours tenu que *quatenus locupletior factus est;* seule-

ment, nous présumons aujourd'hui qu'il est toujours d'autant plus riche des sommes d'argent qu'il a touchées (*voy.* au reste *supra.* n° 170-172).

226. — Les différences étant, comme on vient de le voir, très-nombreuses et très-essentielles entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi, il importe de savoir à quels signes on doit les distinguer et les reconnaître.

Or, à cet égard, je ferai dès à présent une observation importante, et sur laquelle j'aurai bientôt occasion de revenir (*infra,* n° 250).

Une succession peut être appréhendée par d'autres que par le véritable héritier, dans deux circonstances fort différentes :

1° Dans le cas d'absence, soit présumée, soit déclarée, de l'héritier véritable;

2° Dans le cas seulement d'inaction ou de silence de sa part, ou bien encore lorsque son droit et sa vocation sont ignorés.

Ces deux hypothèses ont cela de commun, sans doute, qu'elles produisent la même situation, en ce sens qu'elles nous représentent l'hérédité dans d'autres mains que celles de l'héritier le plus proche appelé à la recueillir. Aussi, n'est-il pas surprenant que cette affinité les ait presque partout confondues dans les mêmes explications et dans les mêmes doctrines (*voy.* Zachariæ, t. IV, p. 300 et 308, et tous les auteurs et arrêts sur la question des ventes faites par l'héritier apparent, *infra,* n°s 244 et suiv.).

Je rechercherai plus bas si cette assimilation est de tous points exacte; mais en admettant même qu'il en fût ainsi, je crois qu'il demeurerait toujours vrai que l'application de certains principes sera plus facile et moins contestable dans une hypothèse que dans l'autre; et voilà pourquoi il me paraît, dans tous les cas, très-utile de ne pas les confondre.

227. — *Première hypothèse.* — Une succession s'ouvre; et l'héritier le plus proche est absent, présumé ou déclaré.

Eh bien! alors, c'est la loi elle-même qui règle le sort de la succession :

« .... Elle sera dévolue à ceux avec lesquels il aurait « eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient re- « cueillie à son défaut. »

Ainsi l'article 136 prononce une dévolution, une attribution au profit des autres parents (art. 786); il les désigne; il les appelle; ils sont alors eux-mêmes et légalement héritiers. Remarquez bien, en effet, que tel est le but principal de l'article 136. L'article 135 avait prononcé l'exclusion de l'absent; restait à savoir ce qu'allait devenir cette succession, dont on venait d'écarter l'absent. L'article 136 va nous l'apprendre. Il prononce, je le répète, la vocation, la dévolution au profit des autres parents; le premier article est privatif; l'autre est attributif du droit; il concède une sorte d'envoi en possession aux autres parents, mais avec tous les caractères et les attributs d'une propriété véritable, puisqu'il leur défère la succession en leur propre nom et à titre d'héritier.

Il est évident dès lors que ces parents, que ces héritiers ont un titre légitime de possession (Bordeaux, 16 juin 1830, Chéri, D., 1830, I, 211), et que l'article 550 leur est tout à fait applicable :

« Le possesseur est de bonne foi, lorsqu'il possède en « vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les « vices.

« Il cesse d'être de bonne foi, du moment où ces vices lui sont connus. »

Nous supposons, bien entendu, qu'il ignore l'existence de l'absent; c'est d'ailleurs dans ce cas plus que jamais qu'il est vrai de dire que la bonne foi est présumée (art. 2268).

228. — *Deuxième hypothèse.* — L'héritier véritable n'est pas absent, ni déclaré, ni présumé ; seulement, il est inconnu, ou bien il n'agit pas, il garde le silence.

Ce second cas n'appartient déjà plus à notre sujet, à notre spécialité actuelle. J'en dirai toutefois, ici même, quelques mots, précisément pour rapprocher et pour comparer ces deux hypothèses.

En général, le possesseur est de bonne foi, lorsqu'il se croit, par une erreur soit de fait, soit même de droit, appelé à recueillir la succession qu'il a appréhendée. (L. 25, § 6, ff. *de Hæred. petit.*; Pothier, *de la Propriété*, n° 395-397 ; Zachariæ, t. IV, p. 304.)

Mais le parent le plus éloigné, qui prend possession de l'hérédité, par suite du silence et de l'inaction du parent le plus proche, est-il par cela seul de mauvaise foi?

Zachariæ distingue : non, lorsqu'il a eu seulement connaissance de la délation de l'hérédité au profit de ce parent plus proche ; — oui, lorsqu'il savait, en outre, que si ce parent ne se présentait pas pour recueillir la succession, c'était uniquement parce qu'il en ignorait l'ouverture à son profit (t. IV, p. 304, 305 ; *voy.* aussi Cass., 12 déc. 1826, Morice, Sirey, 1827, I, 277).

Cette distinction paraît être une conséquence logique du système également professé par cet auteur, et d'après lequel « lorsque les parents, saisis de l'hérédité, tardent « à opter entre l'acceptation ou la répudiation de celle- « ci, les parents appelés à leur défaut, et même, en cas « d'inaction de ces derniers, les parents plus éloignés, « sont autorisés à prendre possession de l'hérédité.... » (T. IV, p. 242 ; *voy.* aussi Merlin, *Rép.*, t. V, v° *Hérédité*, n° 6 ; Toullier, t. IV, n° 345 ; Colmar, 28 févr. 1815, Hertelmeyer, Sirey, 1815, II, 274.)

Je crois, pour mon compte, que la succession légitime est attribuée uniquement et exclusivement aux parents

les plus proches ; qu'eux seuls sont saisis ; qu'ils le sont de plein droit et à leur insu ; qu'eux seuls enfin sont héritiers (art. 711, 724 ; *infra*, n° 257) ; je ne vois point dès lors dans cette seconde hypothèse, au profit des parents plus éloignés, de vocation légale ; et voilà bien ce qui différencie profondément cette hypothèse de celle qui précède, et où l'héritier plus proche est absent (art. 136). C'est donc à ses risques et périls que le parent le plus éloigné prend alors possession de l'hérédité, lorsqu'il sait qu'un autre y est appelé avant lui ; car la renonciation ne se présume pas (art. 784). Je conviens qu'il n'a aucun moyen de forcer le parent le plus proche à prendre parti, à accepter ou à renoncer ; et de là il pourra bien résulter que ce parent, qui se ravise ensuite, soit déclaré non recevable à lui demander un compte rigoureux, s'il l'a laissé, en effet, prendre possession et jouissance de l'hérédité, sans aucune réclamation. Ce silence, cette inaction, pourront alors donner lieu contre lui à l'application des dispositions si vastes et si générales des articles 1382-1383 ; et on pourra bien ainsi dispenser le possesseur de l'hérédité de la restitution des fruits. Mais je ne serais porté à lui reconnaître, surtout dans les commencements, qu'un simple droit de conservation et d'administration sur les biens héréditaires ; et je ne verrais pas, dans de telles circonstances, cette bonne foi qui fait que le possesseur ne répond pas de ses dégradations, et n'est tenu, envers l'héritier véritable, que *quatenus locupletior factus est.*

229. — Il est certain que celui qui a recueilli de bonne foi un droit éventuel à défaut de l'absent, dont il ignorait l'existence, peut devenir ensuite un possesseur de mauvaise foi.

Mais comment et sous quelles conditions ? Suffit-il qu'il ait appris l'existence de l'absent, ou faut-il en outre qu'il ait été mis en demeure de lui restituer les biens ?

Pour soutenir qu'en règle générale, le possesseur de

bonne foi ne cesse légalement d'être tel que par une demande en justice, ou au moins par une sommation quelconque, on invoque d'abord les textes mêmes :

« *Tant que l'absent ne se représentera pas, ou que les ac-* « *tions ne se seront point exercées de son chef*, ceux qui « auront recueilli la succession gagneront les fruits par « eux perçus de bonne foi. » (Art. 138.)

C'est ainsi que l'ordonnance de 1539, article 94, n'imposait au défendeur à la revendication que la restitution des fruits par lui perçus *depuis la demande libellée*. Cette règle d'ailleurs, dit-on, est très-juste, soit parce qu'elle prévient, en fait, beaucoup de difficultés et d'embarras, soit parce qu'après tout, si le véritable propriétaire, si le véritable héritier veut exercer ses droits, il lui est très-facile de manifester cette volonté (*voy.* aussi art. 962, 1139).

Je ne crois pas néanmoins que cette solution soit la meilleure :

Il y a dans le Code Napoléon un article fait tout exprès pour résoudre notre question même : quand et comment le possesseur cesse-t-il d'être de bonne foi? Or, que décide cet article 550 :

« Le possesseur est de bonne foi, quand il possède « comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de « propriété dont il ignore les vices.

« *Il cesse d'être de bonne foi du moment où ces vices lui* « *sont connus.* »

Cette disposition est générale ; de quelque manière donc que les vices de son titre lui soient connus, par lettres, par renseignements quelconques, dès ce moment il cesse d'être de bonne foi.

Je ne crois pas que l'article 138 ait voulu porter une décision différente, en ce qui concerne la pétition d'hérédité. Le but de cet article n'est pas de statuer à quel moment cesse la bonne foi, mais seulement, ainsi que nous

l'avons déjà remarqué (*supra*, n° 222), de déroger à la maxime: *fructus augent hæreditatem.* Aussi, voyez-vous qu'il se termine par ces mots : « *par lui perçus de bonne* « *foi.* » Donc, il ne tranche pas nécessairement la question de savoir si, même avant la représentation de l'absent ou l'exercice de ses actions, la bonne foi n'a pas pu cesser. La rédaction supposerait même sur ce point, une solution affirmative. Mais il est plus vrai de dire qu'il est étranger à cette question, laquelle dès lors se trouve résolue, pour tous les cas, par l'article 550, que l'on peut considérer lui-même comme une application de l'article 1382 (comp. notre *Traité de la Distinction des biens; de la Propriété*, etc., t. I, n° 630; Cass., 8 fév. 1830, Bôle, Sirey, 1830, I, 96; Cass., 13 déc. 1830, Quevremont, Dev., 1831, I, 24; Douai, 13 janv. 1865, Jourdain, Dev., 1866, II, 61 ; Pothier, *de la Propriété*, comp. n°s 342 et 396; Toullier, t. III, n° 76; Duranton, t. I, n° 585; de Moly, n°s 641 et 642; de Plasman, t. I, p. 348).

230. — Quels sont les droits de l'absent qui reparaît, contre ses cohéritiers, qui, après avoir méconnu son existence, ont fait entre eux seulement le partage de la succession?

Duranton (t. I, n° 579) propose cette espèce: une succession s'ouvre, à laquelle sont appelés quatre héritiers; elle se compose de 60 000 francs de valeurs corporelles mobilières ou immobilières. Si les quatre héritiers étaient là, tous présents, chacun aurait 15 ; mais l'un d'eux est absent; et le partage fait seulement entre les trois autres, donne par conséquent 20 à chacun. L'absent revient ensuite; et alors l'un des trois cohéritiers est insolvable?

Sur qui retombera la perte résultant de cette insolvabilité? sur l'absent tout seul? sur ses deux cohéritiers? ou bien à la fois sur l'absent et sur ses deux cohéritiers solvables?

Duranton enseigne que les 40 000 fr. restant devront être mis en commun et partagés entre l'absent et ses deux cohéritiers solvables ; de telle sorte que la perte résultant de l'insolvabilité de l'autre sera également supportée par tous les trois, sauf aussi, bien entendu, leur égal recours contre lui.

On peut, en faveur de cette opinion, raisonner ainsi :

1° Un partage ne peut être fait valablement qu'avec le concours et le consentement de tous les cohéritiers, de tous les copropriétaires ; or, l'absent n'a pas consenti au partage fait sans lui par ses trois cohéritiers, qui ont méconnu son existence ; donc, ce partage est à son égard *res inter alios acta*, et ne peut pas lui préjudicier (art. 1165). 2° Quelle en est la conséquence ? c'est que l'absent a conservé sa part indivise, sa part *pro indiviso* dans tous les objets de l'hérédité ; c'est qu'en ce qui le concerne, la masse est encore commune. 3° Autrement, il faudrait aller jusqu'à dire que son droit a subi sans sa volonté un changement, une novation ; que sa propriété s'est transformée en créance, et son action réelle, sa pétition d'hérédité, en simple action personnelle ; or, une telle doctrine serait contraire au texte même de l'article 137, qui réserve formellement à l'absent la pétition d'hérédité, et aussi à tous les principes : « Cohæredibus divi« sionem inter se facientibus juri absentis et ignorantis « minime derogari, ac pro indiviso portionem eam quæ « ipsius fuit, in omnibus communibus rebus eum reti« nere certissimum est. » (L. 17, *Code famil. ercisc.*) 4° Objectera-t-on que c'est par son fait, par sa faute, que l'absent n'a pas figuré au partage ? mais ses cohéritiers pouvaient mettre sa part en réserve ; et puisqu'ils ont mieux aimé ne faire que trois lots, et gagner ainsi les fruits, il est juste qu'ils supportent les inconvénients de la situation qu'ils ont choisie, et dont ils ont eu les avantages.

Je n'admets pas cette solution d'une manière aussi générale.

Et d'abord, on pourrait peut-être soutenir que l'absent n'a pas le droit de demander un nouveau partage. Nous allons voir (*infra*, n° 234) qu'il doit respecter les actes nécessaires, qui ont été faits par les héritiers présents; or, « le partage est un acte en quelque sorte nécessaire, lors même qu'on le provoque, parce qu'en effet on ne peut pas rester toujours dans l'indivision; la demande que l'on forme à cet égard ne fait bien souvent d'ailleurs que prévenir celle qui serait formée par un cohéritier. » Voilà ce que dit avec vérité Duranton luimême. Ajoutez que la loi leur déférait à eux trois la succession, à défaut de l'absent (art. 136), et que dès lors elle les autorisait ainsi à la partager entre eux seulement. De là il résulterait que l'absent n'aurait le droit de demander que divisément sa part à chacun de ses cohéritiers.

Toutefois, cette prétention ne serait pas, à mon avis, fondée : l'article 137 réserve, sans distinction, à l'absent, l'action en pétition d'hérédité; et il me paraît aussi qu'en principe, ce partage auquel il n'a pas consenti, n'a pas pu avoir pour effet de dénaturer son droit, de faire de lui un simple créancier. Mais je crois en même temps que les cohéritiers présents auront le droit de demander à l'absent de les garantir, de les indemniser des suites dommageables que son action en partage aura pour eux; et j'invoquerai ici les articles 1382-1383, comme un tempérament équitable à la pureté, à la rigueur du principe qui conserve à l'absent sa pétition d'hérédité. Ne serait-il pas évidemment inique, en effet, que les deux cohéritiers présents supportassent une part dans la perte résultant de l'insolvabilité du troisième! Mais l'absent est en faute, après tout! et lors même qu'il serait exempt de faute, cette absence est un accident, un malheur même, si vous voulez, mais enfin un malheur qui lui est personnel, et dont il doit dès lors personnellement aussi subir les suites.

Duranton objecte qu'il fallait lui faire sa part.

Eh! vraiment, est-ce que les deux cohéritiers avaient un moyen d'empêcher que leur cohéritier insolvable exigeât un lot de 20000 fr.? Avaient-ils même un moyen quelconque d'obtenir de lui des sûretés, des garanties contre cette insolvabilité, dont on veut les rendre responsables? non, sans doute. — Ils ont reçu, dit-on, 20000; et il ne leur en revenait que 15000. — D'accord, aussi vous offrent-ils, chacun de son côté, les 5000 fr. qu'ils ont reçus de trop; après quoi, il ne leur reste plus que 15000 fr., c'est-à-dire, exactement leur part héréditaire. Mais quant aux autres 5000 fr., qui sont aussi entrés dans les mains de l'insolvable, je le repète : 1° ils ne pouvaient pas l'empêcher de les prendre; 2° ils ne pouvaient pas même exiger de lui la moindre sûreté; ils pouvaient même être forcés par lui de faire le partage en trois lots. Or, je n'hésite pas à dire, que dans une telle situation, il me paraît impossible de les rendre responsables de son insolvabilité.

231. — J'irais même plus loin. Supposez que l'un des cohéritiers présents a fait sur un immeuble héréditaire à lui échu des constructions considérables.

Eh bien! je pense qu'il pourrait être fondé, suivant les circonstances, suivant l'importance de ses travaux et de ses dépenses, suivant le temps plus ou moins long qui se serait écoulé depuis la disparition de l'absent et depuis le partage, etc.; je pense, dis-je, qu'il serait fondé à demander alors contre l'absent un lot d'attribution.

Il est vrai qu'en règle générale, les lots doivent être tirés au sort (art. 834; Toulouse, 30 août 1837, Pomion, Dev., 1838, I, 384; Cass., 19 mars 1844, Dulac, Dev., 1844, I, 301; *voy.* aussi notre *Traité des Successions*, t. III, n° 686).

Cette règle est très-juste; et je comprends qu'on refuse le bénefice d'un lot d'attribution au cohéritier qui, depuis l'ouverture de la succession et avant le partage, a fait

des travaux sur tel ou tel bien héréditaire, ou encore à l'héritier donataire d'un immeuble soumis au rapport, qui, même avant l'ouverture de la succession, y aurait fait des constructions, des impenses quelconques. Je le comprends, dis-je, parce qu'il y a là une imprudence, une sorte de faute, qui ne doit pas nuire aux autres cohéritiers ni devenir, pour ceux qui l'ont commise, un titre de faveur et de préférence. Mais en vérité, quelle faute et quelle imprudence pouvez-vous reprocher au cohéritier présent, que l'article 136 lui-même a appelé à la succession, qui était ainsi légalement héritier, légalement propriétaire, et qui dès lors avait le droit d'améliorer et d'augmenter le bien que la loi elle-même lui avait attribué ?

Après tout, il ne faut pas se dissimuler que toutes ces questions ne sont pas, à beaucoup près, explicitement résolues par notre Code ; et il me semble que l'application de l'article 1382 a cela d'utile, qu'elle laisse aux magistrats une certaine latitude pour les décider, eu égard aux différentes circonstances du fait, *ex æquo et bono*.

N° 2. — *Quels sont les droits de l'absent qui reparaît, contre les tiers qui ont traité avec ceux par lesquels ont été recueillis les successions et autres droits éventuels qui lui sont échus?*

232. — Nous abordons un sujet rempli de difficultés et de controverses.

Je rappellerai, avant tout, la distinction que j'ai déjà proposée plus haut (n°s 226-228), et qui me paraît ici surtout très-utile :

Je m'occuperai donc d'abord du cas où l'héritier véritable était absent soit déclaré, soit présumé.

Puis, après cela, je rechercherai si les mêmes principes sont applicables avec ou sans modifications, au cas

où un autre que l'héritier véritable, s'est mis en possession de l'hérédité, par suite du silence et de l'inaction, ou encore de l'ignorance du droit de ce véritable héritier.

Cette division a le double avantage : 1° de maintenir toujours, dans nos développements actuels, la prédominance du sujet qui nous occupe; 2° de séparer deux hypothèses, qui ont sans doute beaucoup d'affinité, et auxquelles même il faudra peut-être, dans plus d'une occasion, appliquer les mêmes règles, mais qui enfin sont, à certains égards, très-différentes et ne doivent pas dès lors être confondues.

233. — La loi n'a pas, ainsi que je l'ai dit (*supra*, n° 212), limité les pouvoirs de ceux qui recueillent, au lieu et place de l'absent, les droits éventuels qui lui échoient; et il semblerait, qu'en effet, logiquement, elle ne le pouvait guère, puisqu'ils les recueillent *proprio jure*, en leur nom personnel et à titre de propriétaires (art. 537, 544).

Mais pourtant cette propriété, qu'elle leur défère, n'est pas absolue et incommutable; l'article 137, au contraire, réserve à l'absent ses actions en pétition d'hérédité et autres droits.

Les règles de la logique ne s'opposaient donc nullement à ce que la loi déterminât les conditions d'exercice de ce droit de propriété, qu'elle n'accordait d'une main qu'en le menaçant, pour ainsi dire, de l'autre; et l'intérêt des tiers, comme aussi de ceux-là mêmes qu'elle appelle à recueillir les droits éventuels échus à l'absent, et l'intérêt général de la société commandaient peut-être au législateur, sur ce point, des dispositions plus prévoyantes et plus précises.

Parmi les actes qui auront pu être faits avec les tiers par ceux qui ont recueilli la succession à défaut de l'absent, lesquels devront être annulés sur sa demande? lesquels, au contraire, maintenus?

Question capitale assurément, qui touche à de nom-

breux et puissants intérêts, et sur laquelle pourtant, il faut bien le dire, l'attention des rédacteurs du Code Napoléon ne paraît pas s'être suffisamment arrêtée.

Direz-vous :

Nul ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a ;

Or, l'absent ayant reparu, il est prouvé que celui qui a recueilli, à son défaut, la succession, n'y avait aucun droit ;

Donc, tous les droits par lui concédés à des tiers doivent tomber du même coup que le sien.

Personne n'a été jusque-là, et nous verrons bientôt que cette logique radicale est, effectivement, de tous points, impossible.

Direz-vous au contraire :

Tous les actes faits au nom du propriétaire et par son représentant légal, par son mandataire, l'obligent comme s'il les avait lui-même consentis ;

Or, celui qui, à défaut de l'absent, a recueilli la succession, a été son représentant légal envers les tiers, puisque c'est par la loi elle-même que cette succession lui avait été dévolue (art. 136) ;

Donc, tous les actes faits par celui qui a recueilli la succession, doivent engager l'absent et être considérés, à l'égard des tiers, comme s'ils émanaient de l'héritier véritable.

Personne non plus n'a été jusqu'à cette autre exagération, qui serait toutefois, s'il fallait choisir entre les deux, bien plus acceptable assurément, dans certains cas du moins, que la première. Si, en effet, vous supposez la succession échue à l'absent pendant la période de l'envoi définitif, à cette époque où les envoyés peuvent, à quelque titre que ce soit, transmettre irrévocablement aux tiers les biens mêmes qui appartenaient à l'absent avant son départ (art. 132), il paraîtra logique et même équitable d'accorder *a fortiori* les mêmes pouvoirs à

ceux qui recueillent, en leur propre nom, des biens dont l'absent n'a jamais eu la propriété. Il serait presque permis de penser que tel est le sentiment de M. Troplong dans un passage de son commentaire des priviléges et hypothèques (t. II, art. 2125, n° 468, p. 208), où l'auteur, traitant la question des ventes faites par l'héritier apparent, paraît, en effet, mettre à part le cas où l'absence du véritable héritier aurait été déclarée, et où la succession ne s'ouvrirait à son profit qu'après l'envoi définitif.

Quoi qu'il en soit, et si raisonnable que fût la solution qui assimilerait légalement ces deux cas, je ne crois pas qu'on puisse la proposer. L'article 132, en effet, ne s'applique qu'aux biens qui appartenaient déjà à l'absent lors de ses dernières nouvelles

Vous vous récriez; vous dites : mais c'est *a fortiori* qu'il faut l'appliquer aux biens qu'il n'a jamais eus!

A merveille, si la succession ne s'est ouverte que pendant la période de l'envoi définitif; mais supposez qu'elle s'ouvre, au contraire, pendant la présomption d'absence, six mois, trois mois peut-être seulement après la disparition; appliquerez-vous alors aussi l'article 132, et ceux qui succèdent à défaut de l'absent, pourront-ils, dès ce moment, disposer comme le peuvent faire les envoyés définitifs, à quelque titre que ce soit et irrévocablement, des biens de l'hérédité? Je ne crois pas qu'on puisse le dire. Or, la loi n'a fait, à cet égard, en ce qui concerne l'époque à laquelle la succession est échue, la loi, dis-je, n'a fait aucune distinction quant à la validité des actes émanés de ceux qui l'ont recueillie à défaut de l'absent; et il ne serait pas possible, sans arbitraire, de déterminer ici une différence d'époque qu'aucun texte n'a établie.

Sans doute, et je l'ai moi-même reconnu (*supra*, n° 227), cette circonstance sera le plus souvent prise en grande considération par les magistrats; l'empire des faits, si puissant toujours, réagira sur le droit, d'autant

plus que la raison et l'équité, et l'analogie déduite des articles mêmes de la loi, viendront ici le seconder; mais en droit et d'après les textes, je ne crois pas qu'on puisse poser en principe qu'il y a une époque, quelle qu'elle soit, où ceux qui ont recueilli une succession à défaut de l'absent, acquièrent sur cette succession les mêmes droits que les envoyés définitifs sur les biens de l'absent, une époque enfin où toutes les aliénations par eux faites, même à titre gratuit, doivent être maintenues !

234. — Arrière donc les systèmes absolus ! aussi bien est-il très-rare qu'ils ne soient pas aveugles et impraticables !

Tous les actes faits avec les tiers ne seront pas annulés.

Tous les actes ne seront pas maintenus.

En un mot, il faut distinguer entre les actes nécessaires et les actes volontaires :

Les premiers sont les actes d'administration, en prenant ce mot dans l'acception étendue qu'il comporte ;

Les autres sont plutôt des actes d'aliénation, de disposition, qui ne présentent pas, en général, les mêmes caractères de nécessité.

Distinction difficile elle-même et délicate, à laquelle les théories extrêmes pourraient à leur tour, peut-être, reprocher ses hésitations et ses incertitudes ; distinction vraie, pourtant. Les systèmes absolus n'hésitent pas, eux ! ils affrontent, ils bravent stoïquement toutes les conséquences; mais voilà bien précisément ce qui les rend presque toujours aussi faux dans la théorie que périlleux dans la pratique. Car ils élèvent une perpétuelle collision entre les principes même les plus vrais, et les brisent ainsi successivement les uns contre les autres, par l'extension violente et démesurée qu'ils leur donnent. La vérité, au contraire, le bien, le droit, enfin n'est, en toutes choses, que le résultat de cette nécessaire et incessante transaction, qui marque à chaque

principe sa limite, en lui faisant sa part de légitime application.

C'est dans ce sage esprit de discernement et de conciliation qu'a pris naissance la distinction entre les actes nécessaires et les actes volontaires; aussi, a-t-elle été généralement adoptée, quoique avec plus ou moins d'étendue, par les uns et par les autres, suivant ses différentes applications.

235. — Je vais donc dire comment je l'entends moi-même; et pour cela j'examinerai successivement les actes les plus importants qui ont pu être faits avec les tiers par l'héritier apparent :

1° Les payements reçus par lui des débiteurs héréditaires;

2° Les baux passés par lui;

3° Les jugements rendus pour ou contre lui;

4° Les transactions;

5° Les aliénations; ce qui comprend :

A. — L'aliénation à titre onéreux ou à titre gratuit des objets certains et déterminés de la succession, c'est-à-dire des immeubles, ou des meubles, soit corporels, soit incorporels ;

B. — L'aliénation du droit héréditaire lui-même, du *jus hæreditarium*, en tout ou en partie.

236. — 1° Payements faits par les débiteurs de la succession entre les mains de l'héritier apparent.

L'article 1240 est ainsi conçu :

« Le payement fait de bonne foi à celui qui est en « possession de la créance est valable, encore que le pos- « sesseur en soit par la suite évincé. »

Notre première hypothèse est donc textuellement résolue.

Celui qui est en possession de la créance n'est pas, en effet, le simple détenteur du titre, de l'*instrumentum*, qui n'en est, en général, que la preuve matérielle; la créance elle-même, chose incorporelle, *nullo continetur*

loco (Pothier, *Introd. au tit.* XIX *de la cout. d'Orléans*, n° 45).

Qu'est-ce donc que le possesseur de la créance, dans le sens de l'article 1240? C'est précisément celui-là que toutes les circonstances extérieures désignent aux tiers comme le créancier véritable; c'est surtout notre héritier apparent!

D'une part, il peut forcer le débiteur de payer, et, à cet effet, le poursuivre. D'autre part, le débiteur lui-même a non-seulement le devoir, mais aussi le droit de se libérer. Il fallait donc, sous tous les rapports, que le payement fait par lui, dans une telle situation, fût valable à l'égard de tous. C'est là, par excellence, un acte nécessaire; aussi, est-il vrai de dire que la distinction qui nous sert de boussole, est implicitement consacrée par la loi dans cet article. (Comp. notre *Traité des Contrats et des Obligations conventionnelles en général*, t. IV, n° 180; L. 104, ff. *de Solutionibus*; Paris, 23 juill. 1831, Macmahon, D., 1831, II, 242.)

237. — 2° Les baux passés par l'héritier apparent doivent être aussi maintenus.

Je le pense ainsi, par deux motifs; le premier, spécial; le second, général.

C'est la loi elle-même qui défère la succession à « ceux avec lesquels l'absent aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut » (art. 136); et il est incontestable qu'elle leur attribue par cela même le droit, quoi qu'il arrive, de la gérer, de l'administrer;

Or, les baux sont essentiellement des actes d'administration;

Donc, l'héritier apparent, *qui possédait légalement la succession* (Bordeaux, 16 juin 1830, Chéri, D., 1830, II, 211), avait aussi légalement qualité pour les consentir.

Cette opinion me paraît d'autant plus vraie dans notre hypothèse spéciale, qu'à mon avis, les baux passés,

même par le simple possesseur apparent, à des tiers de bonne foi, doivent être aussi maintenus en règle générale.

Tel n'est pas toutefois le sentiment de Zachariæ, qui reconnaît bien au possesseur apparent d'une hérédité le droit de faire des baux, indépendamment de sa bonne ou de sa mauvaise foi, et même *quel que soit le titre en vertu duquel il a appréhendé l'hérédité* (t. IV, p. 308), mais qui refuse ce droit au simple possesseur, même de bonne foi, d'une chose particulière (t. III, p. 22, 23); solutions qui peut-être ne présentent pas une harmonie parfaite.

Duranton enseigne également (t. XVII, n° 135), que le simple possesseur, même de bonne foi, n'a pas pu, fût-ce par un simple bail, transmettre plus de droit qu'il n'en avait; bien différent de l'usufruitier (art. 595), du tuteur (art. 1718), du mari (art. 1429-1430), il n'avait aucun titre qui l'autorisât à passer un bail et à enchaîner la jouissance du véritable maître; aussi, aucun texte du Code ne lui accorde-t-il ce droit, et les articles 1726, 1727, supposent la résolution, ou plutôt même la nullité des baux qu'il aurait pu faire. (*Voy.* aussi Duvergier, t. I, n°s 82 et 531.)

Cette doctrine, assurément, favoriserait très-peu la bonne foi des tiers, la sécurité des relations sociales, l'intérêt surtout de l'agriculture. Car, si l'apparence du droit doit être quelque part suffisante, c'est précisément en ce qui concerne les simples baux, pour lesquels les tiers ne demandent pas, et en vérité ne sont pas en faute de ne pas demander les titres de propriété, comme lorsqu'il s'agit d'acquérir tout ou partie de la propriété même de la chose.

Mais je reconnais que ces considérations, si puissantes qu'elles soient, ne seraient pas seules suffisantes, si la loi d'ailleurs s'opposait au maintien des baux; il nous faut donc prouver qu'en droit, les baux ainsi passés de

bonne foi, aux conditions ordinaires pour la durée, l'époque des renouvellements et le mode des payements, doivent être, en effet, maintenus.

Il est incontestable que la maxime : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*, ne s'applique pas aux baux (art. 2125, 2182). Ainsi, tandis que les aliénations et les hypothèques consenties par l'acquéreur sous faculté de rachat sont résolues par l'exercice de cette faculté, les baux faits par lui sans fraude sont, au contraire, maintenus (art. 1664, 1673). Et cela est vrai, en général, de tous ceux qui étaient propriétaires sous condition résolutoire. Duranton lui-même reconnaît que, dans le cas de résolution de la vente pour défaut de payement du prix, le vendeur doit aussi exécuter les baux ordinaires, que l'acheteur a passés avec des tiers de bonne foi, antérieurement à la résiliation de la vente (t. XVII, n° 134); et je crois, pour mon compte, malgré l'avis contraire de Zachariæ (t. III, p. 23), qu'il en serait ainsi dans le cas même où, par une cause quelconque, la vente aurait été annulée ou rescindée.

Mais pourquoi donc toutes ces solutions?

On peut dire, je le sais, que dans ces différentes hypothèses, le vendeur, le donateur, l'auteur enfin, à quelque titre que ce soit, de la transmission annulée ou résolue, avait conféré implicitement à l'acquéreur le mandat d'administrer, tant que durerait sa propriété; tandis que ce mandat ne peut pas se supposer entre le propriétaire et le simple possesseur, qui ne se sont pas trouvés en relation l'un avec l'autre.

Mais je pense que le maintien des baux repose toujours sur un motif plus général et non moins solide que ce mandat plus ou moins vraisemblable, et dont j'accepte d'ailleurs moi-même le secours. Ce motif plus général, le voici :

La possession est un fait, que ni les résolutions, ni les rescisions, ni les revendications ne peuvent détruire

dans le passé. On ne peut pas l'empêcher d'avoir existé; et dès lors, on doit admettre aussi qu'il a existé avec ses conséquences nécessaires et raisonnables; or, l'une de ces conséquences est celle qui reconnaît au possesseur le droit d'administration de la chose. Ne faut-il pas, en effet, que les biens soient administrés? Il le faut, dans l'intérêt de tout le monde, de la société, des tiers, du véritable maître lui-même. Or, qui peut donc administrer le bien, si ce n'est le possesseur actuel, celui-là qui seul, tant qu'il possède, le représente à l'égard des tie rs

Quant aux articles 1726, 1727, je réponds 1° que ce sont là des dispositions générales, qui ne s'appliquent pas au cas où le bailleur possédait *pro suo*, et avait dès lors, par les motifs ci-dessus, qualité pour consentir le bail, 2° que ces articles ont été empruntés à Pothier (*Traité du Contrat de louage*, n° 81, 82), qui écrivait à une époque ou le bail, consenti par l'usufruitier, bien plus, par le véritable maître lui-même, n'obligeait pas ensuite le nu propriétaire ou l'acquéreur à titre particulier (même traité, n° 62 et 312). On conçoit que, sous une telle législation, les baux consentis par le simple possesseur apparent ne pouvaient pas *a fortiori*, obliger le propriétaire! Mais le principe, à cet égard, est tout à fait changé aujourd'hui (art. 1743); et l'ancien droit ne saurait faire autorité sur notre question. Or il est permis de croire qu'en empruntant à Pothier les dispositions écrites dans les articles 1726, 1727, on ne s'est pas assez souvenu peut-être que ces dispositions étaient surtout des corollaires d'un principe qu'on allait abroger. (Comp. Cass., 11 avril 1821, Laforest, Sirey, 1821, I, 254; Cass., 16 janvier 1827, Martin, Sirey, 1827, I, 324; Cass., 19 nov. 1838, Godard, D., 1839, I, 18; Paris, 11 mai 1839, Laurent, D., 1839, II, 212, Delvincourt, t. III, p. 96, note 10; Toullier, t. VII, n° 30; Troplong, *du Louage*, t. I, n° 98, art. 1713; Zacha-

riæ, Aubry et Rau, t. V, p. 188; Demante t. I, n° 176 *bis*, IV).

Je termine enfin cette question, en remarquant que Pothier lui-même pressentait déjà, sous l'ancien droit, cette nécessité sociale du maintien des baux loyalement faits (*Traité des Retraits*, n° 438).

238. — 3° Les jugements rendus pour ou contre l'héritier apparent, ont-ils l'autorité de la chose jugée pour ou contre l'héritier véritable?

Le doute est ici déjà plus sérieux. Il semble, en effet, que le droit lui-même, le fonds du droit ne doit pas pouvoir être ainsi compromis et perdu sans le fait de l'héritier véritable, par celui qui, après tout, n'étant pas héritier, n'avait pas qualité pour cela (art 1351); qu'il n'y a pas, en ce qui concerne les jugements ou arrêts, de disposition semblable à celle de l'article 1240; et que dès lors l'absent, de retour, n'ayant pas été représenté dans l'instance, doit pouvoir former tierce opposition (art. 474, Code de procéd.).

Cette opinion sera certainement exacte, si l'héritier véritable prétend que l'héritier apparent s'est frauduleusement concerté avec son prétendu adversaire; il n'aura pas alors été représenté, bien entendu, par celui-là même qui, d'accord avec les tiers, commettait une fraude à son préjudice (arg. de l'article 1167 Code Napoléon, 474 Code de procéd.).

Mais si, au contraire, l'héritier apparent a plaidé de bonne foi, je pense que les jugements rendus pour ou contre lui, seront réputés rendus pour ou contre l'héritier véritable :

1° Ce sont là, en effet, des actes nécessaires; on n'est pas libre apparemment de plaider ou de ne pas plaider! La conservation même des biens de l'hérédité peut commander impérieusement un procès; c'est donc là un acte de gestion et d'administration.

2° La prescription court activement ou passivement,

lors même que les biens, qui font l'objet du droit, sont possédés par un autre que par le véritable maître (art. 2251, 2252); et dès lors il faut qu'elle puisse être interrompue et que les droits puissent être exercés; or, la prescription ne peut être interrompue, les droits ne peuvent être exercés que par celui ou contre celui qui possède, puisque seul il est connu des tiers; donc, il est indispensable que les actes faits par lui à cet effet, et les jugements rendus pour ou contre lui, soient, à l'égard de tous, bien faits et bien rendus.

3° Je dis que, puisque la prescription court, il faut qu'elle puisse être interrompue; et cette conséquence, réclamée par la logique, ne l'est pas moins aussi par l'intérêt des tiers et par celui de l'absent. D'une part, les tiers ne peuvent pas perdre leur droit par suite de la négligence ou même du fait du véritable héritier, qui ne se présente pas, et contre lequel ils ne peuvent pas agir (art. 135, 136); d'autre part, il importe à l'absent lui-même que le possesseur ait qualité pour agir et pour empêcher la prescription.

4° Les tiers, d'ailleurs, lorsqu'ils ne prétendent pas à la propriété même des biens, ne peuvent pas contester le plus souvent le droit de celui qui possède *pro suo* en vertu d'un titre apparent (Bordeaux, 16 fév. 1829, Duchet, D., 1830, II, 106); et cela est particulièrement vrai de celui auquel la loi a déféré elle-même la succession, à défaut d'un absent (art. 136). Ils sont donc autorisés à le considérer comme le représentant de la propriété, comme le contradicteur nécessaire et légitime de toutes les actions qui s'y rattachent. Tel est le principe même sur lequel est fondé l'article 1240; et l'application, qu'il en fait aux payements ne saurait être raisonnablement considérée comme restrictive. (Comp. Cass., 5 avril 1815, Haupeckirk, Sirey, 1815, I, 137; Metz, 29 mai 1818, Pierret, Sirey, 1819, II, 110; Pau, 4 juill. 1823, Fontan, Sirey, 1824, II, 40; Paris, 3 mars 1829, Ouvrard, D.,

1829, II, 137; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. III, n° 1319; Toullier, t. VII, n° 28 ; Demante, t. I, n° 176 *bis*, IV.)

239. — 4° La difficulté paraît plus délicate encore à l'égard des transactions.

Ce sont là, en effet, direz-vous, des actes jusqu'à un certain point volontaires, et dans lesquels aussi la fraude serait beaucoup plus à craindre. Il y aurait d'ailleurs, dans ce cas, une erreur sur la personne, suffisante pour vicier cette espèce de contrat (art. 2053 ; *voy.* aussi L. 3, § 2, ff. *de Transactionibus ;* Duranton, t. I, n° 575).

Mais pourtant, si la transaction était sérieuse et loyale, je croirais encore qu'elle devrait être maintenue par l'absent de retour.

Nous venons de dire qu'il devrait respecter la chose jugée avec l'héritier apparent (n° 238); or, les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée (art. 2052); donc, elles doivent également l'obliger.

Et ce n'est point là, en effet, un acte précisément volontaire ; il est souvent commandé par la raison, par la sagesse, par la nécessité même. L'adversaire est là, avec lequel il faut plaider ou transiger : plaider ! c'est-à-dire perdre le tout peut-être : transiger ? c'est-à-dire sacrifier une partie pour sauver du moins le reste. Assurément, un tel abandon n'est pas libre ! aussi, voyons-nous la loi elle-même l'autoriser, avec certaines garanties, dans l'intérêt des incapables (art. 467, 2045).

C'est donc là un fait d'administration, autant et bien plus encore qu'un acte de disposition ; et quant à l'argument tiré de l'article 2053, il ne me paraît pas décisif, parce que je pense que la disposition de cet article n'est pas nécessaire et absolue, et qu'il appartient, au contraire, aux juges d'examiner, en fait, si cette cause particulière de rescision doit, suivant les circonstances, être ou n'être pas appliquée (L. 17, ff. *de Transact.;* L. 20, C. *eodem ;* Toullier, t. VI, n° 54, et t. VII, n° 29).

C'est ainsi que Pothier accorde au procureur *omnium*

bonorum le pouvoir de transiger, lorsque la prudence et les règles d'une bonne administration l'exigent, comme aussi « d'acquiescer aux demandes données contre le mandant, lorsqu'il les trouve bien justifiées et qu'il n'a rien à opposer contre ». (*Du Mandat*, ch. v, art. 2, nos 156, 157.)

Or, celui qui a recueilli la succession à défaut de l'absent, se trouve à peu près, lorsque l'absent reparaît, avoir joué le rôle d'un procureur *omnium bonorum*, relativement à la succession. (*Voy.* aussi *supra*, n° 115.)

240. — 5° Aliénations faites par l'héritier apparent.

Nous avons dit qu'il fallait distinguer, à cet égard, plusieurs hypothèses :

1° L'aliénation d'un objet certain et déterminé, soit immeuble, soit meuble corporel ou incorporel.

2° L'aliénation, la cession, en tout ou en partie, du droit héréditaire lui-même.

241. — Commençons par l'aliénation à titre onéreux d'un objet certain et déterminé.

Et d'abord, supposons qu'il s'agit d'un immeuble.

L'absent de retour doit-il respecter les aliénations de maisons, de bois, de champs, etc., faites par celui auquel la succession a été dévolue à son défaut? ou, au contraire, peut-il exercer la revendication contre les tiers acquéreurs?

Question capitale et célèbre entre toutes les autres ! et bien digne, en effet, de toutes les controverses qu'elle a soulevées par son importance théorique et pratique !

Nous essayerons d'exposer et d'apprécier rapidement, dans ce qu'ils ont d'essentiel, les différents systèmes qui sont entrés dans la lice; puis, nous conclurons nous-même, et nous dirons lequel paraît devoir, d'après l'état actuel de la jurisprudence, définitivement triompher.

242. — Le combat, bien entendu, n'a pas manqué de s'engager d'abord sur le terrain des lois romaines et

de l'ancienne jurisprudence française ; mais il est arrivé que chacune des parties s'en est fait une arme et a invoqué en sa faveur l'autorité du passé et de l'expérience.

Nous n'entrerons pas, à cet égard, dans des discussions dont l'intérêt ne compenserait que faiblement la longueur et quelquefois l'inévitable obscurité.

Il nous paraît néanmoins utile de remarquer que, suivant nous, le droit romain accordait incontestablement au véritable héritier la revendication contre les tiers.

« Si post motam controversiam Menecratis, bonorum « partem dimidiam Musæus ab hærede scripto quæstio« nis illatæ non ignarus comparavit, tam ipse quasi « malæ fidei possessor, quam hæredes ejus fructus res« tituere coguntur. Si vero venditionem lite antiquio« rem esse liquido probetur, ex eo die fructus resti« tuantur, ex quo lis in judicium deducta est; fructibus « enim augetur hæreditas, cum ab eo possidetur, a quo « peti potest. *Emptor autem, qui proprio titulo possessio« nis munitus est, etiam singularum rerum jure conveni« tur.* »

Tels sont les termes de la loi 2 au Code, *de Petitione hæreditatis* ; et elle n'est pas la seule qui s'exprime, sur ce point avec une clarté et une précision irrécusables. La loi 7, *eodem*, et la loi 4 au Code, *In quibus causis cessat longi temporis præscriptio*, sont aussi nettes, aussi formelles.

Seulement il semblerait en même temps résulter des autres texes que l'héritier apparent vendeur devait être d'abord discuté dans ses biens (L. 55, § 17, et L. 13, § 4, ff. *de Hæred. petit.*; *voy.* aussi Vinnius, *Select. quest.*, lib. 1, cap. XXIII : « Sed ita demum emptorem conveniri « placet, si res aliter petitori salva esse non potest... »).

Mais fallait-il faire une exception pour le cas où l'héritier apparent vendeur était de bonne foi et se serait trouvé atteint, par le recours en garantie de son ache-

teur évincé, au delà du profit qu'il avait retiré de la vente? Cette faveur de l'héritier apparent de bonne foi, qui n'était tenu que *quatenus locupletior factus erat*, protégeait-elle indirectement l'acquéreur par une exception tirée *ex persona venditoris?*

Telle est la seule question qui puisse être faite, à cet égard, en droit romain; mais on voit que ce serait là seulement une exception qui confirmerait elle-même le principe. Et encore n'est-il pas, à beaucoup près, démontré que cette exception même fût admise. A la vérité, le § 17 de la loi 25 au Digeste, *de Hæred. petit.*, semble la consacrer en faveur d'un acheteur d'objets déterminés: « .... et puto posse res vindicari, nisi emptores regres« sum ad bonæ fidei possessorem habent... » Mais le § 4 de la loi 13, au même titre du Digeste, est diamétralement contraire: Un acheteur de l'hérédité (*si quis hæreditatem emerit*) peut-il être évincé, dans le cas même où l'héritier apparent de bonne foi n'aurait pas retiré de profit de la vente? telle est l'hypothèse de cette loi, qui répond: *dandam utilem actionem.* Et pouquoi cette action utile en pétition d'hérédité?.... *ne singulis judiciis vexaretur*, pour que cet acheteur ne soit pas tourmenté par autant de revendications spéciales qu'il y a d'objets particuliers dans l'hérédité par lui acquise. Donc il était soumis, même alors, à la revendication, malgré la bonne foi de l'héritier apparent, qui pourtant, dans l'espèce, *medico vendiderat!*

La contradiction est flagrante! Il ne faut pas s'étonner des dissidences qu'elle a fait naître.

Toullier (t. IX, p. 570-580, additions aux tomes IV et VII) et Duranton (t. I, nos 567-572) n'admettent jamais l'exception *ex persona venditoris*;

Troplong, au contraire, l'admet toujours (*des Hypothèques*, t, II, p. 200, 201, art. 2125, n° 468);

Enfin Merlin (*Quest. de droit*, t. III, v° *Héritier*, § 3, p. 338), l'accorde à l'acheteur d'un objet déterminé, et la

refuse à l'acheteur de tout ou partie de l'hérédité, de l'universalité : distinction fondée sur ce que « le possesseur de l'hérédité, qui l'a vendue, n'est pas, à beaucoup près, exempt de reproches ; car il a mis un étranger dans la confidence de tout ce qui s'y trouvait de plus secret ; et par là, il a trahi, en quelque sorte, la confiance dont il croyait de bonne foi que le défunt l'avait honoré.... » ; mais distinction impossible, puisque l'acheteur de l'hérédité était, en principe, traité comme l'acheteur d'objets déterminés, et soumis, comme lui, à la revendication, et que s'il avait été déclaré passible de l'action utile en pétition d'hérédité, c'était uniquement *ne singulis judiciis vexaretur ;* aussi bien, d'ailleurs, la frivolité même des motifs de cette distinction suffirait-elle pour la réfuter.

En résumé donc, la loi romaine accordait l'action en revendication contre les tiers. Quant à l'exception *ex persona venditoris,* dont nous examinerons bientôt le mérite, elle était, comme on l'a vu, très-contestable ; la loi 25, § 77 ff. *de Hæreditatis petitione*, est une espèce d'énigme *desperatæ conciliationis !* que nous n'avons pas cru devoir chercher à pénétrer, et que Favre n'avait pu résoudre que par l'héroïque opération d'un changement dans le texte (*Rationalia* sur la loi 25, § 17, *de Hæred. petit*).

243. — En ce qui concerne l'ancienne jurisprudence française, il paraît vrai de reconnaître que la question des aliénations faites par l'héritier apparent n'y avait pas reçu de solution uniforme et certaine, soit par les arrêts, soit par les auteurs.

Plusieurs décisions judiciaires sont il est vrai, invoquées par les partisans de la validité des ventes : l'arrêt Malandrin, du 17 juin 1739, du parlement de Normandie (Flaust, t. I, p. 10-13 ; Merlin, *Quest. de droit*, t. VIII, supplément, v° *Héritier*, p. 325-328) ; l'arrêt du parlement de Paris du 17 juin 1744 ; quelques arrêts aussi du parlement de Toulouse (Merlin, *loc. cit.*, p. 330-332).

Il est vrai encore que Denizart (v° *Héritier*, § 2, n° 16) enseigne positivement qu'il faut maintenir « tous les actes soit d'administration, soit d'aliénation, passés par le parent éloigné en qualité d'héritier, pendant que le parent plus proche ne s'est pas présenté pour réclamer son droit ».

Mais, d'une part, les faits sur lesquels les anciens arrêts ont été rendus ne sont pas toujours très-nettement rapportés; et aujourd'hui même encore chacun prétend les poser à sa manière (comp. Toullier, t. VII, n° 31, p. 41; Troplong, *de la Vente*, t. II, n° 960, p. 562, note 3);

D'autre part, des jurisconsultes d'un grand crédit tels par exemple que Lebrun (*des Successions*, liv. III, ch. IV, n° 57), écrivaient aussi autrefois « que l'héritier plus éloigné ne pourrait aliéner pendant sa jouissance au préjudice du plus proche héritier, et que cela est certain ».

J'ai seulement voulu, par cette rapide esquisse, prouver que, dans l'état de controverse et d'incertitude où se trouvait encore la question sous l'empire de la législation antérieure, c'était surtout au droit nouveau et aux textes du Code Napoléon qu'il fallait maintenant en demander la solution.

Mais, hélas! nous allons voir que le combat n'est pas moins vif ni la confusion, j'ose le dire, moins grande aujourd'hui que dans l'ancien droit!

244. — Il y a d'abord un système qui prononce, dans tous les cas, la nullité des aliénations d'immeubles faites par l'héritier apparent.

Il raisonne ainsi:

D'une part, nul ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'il n'en a (L. 54, ff. *de Reg. juris.*; art. 2125, 2182 Code Napoléon): d'où la conséquence que la vente de la chose d'autrui est nulle (art. 1599 Code Napoléon, 717 Code de procéd.); — D'autre part, le propriétaire ne peut pas être dépouillé de sa chose sans son fait et

par le seul résultat de la vente consentie par un tiers (L. 11, ff. *de Reg. juris.*; art. 537, 544, 545);

Or, l'existence de l'absent étant reconnue, il est prouvé 1° que celui qui a recueilli la succession à sa place, n'y avait aucun droit; 2° qu'au contraire, cette succession appartenait à l'absent (art. 711, 724, 731);

Donc, l'héritier apparent n'a pas pu concéder à des tiers une propriété qu'il n'avait pas lui-même; donc, le véritable héritier ne peut pas, sans son fait, et par une aliénation qui lui est étrangère, se trouver dépouillé de sa propriété; et voilà pourquoi l'article 147 lui réserve *ses actions en pétition d'hérédité et autres droits* pendant tout le laps de temps requis pour la prescription (*supra*, n°s 214, 215).

Tels sont les principes essentiels et élémentaires du droit civil: essentiels dans l'intérêt de l'ordre social, qui repose sur le respect du droit sacré de la propriété! élémentaires aussi; et voyez, en effet, ce qui arrive à tous les systèmes qui les méconnaissent! voyez-les, une fois sortis de la règle, s'égarer et se perdre, chacun de son côté, dans des distinctions complétement arbitraires :

L'un ne maintient la vente que dans l'intérêt de l'héritier apparent vendeur de bonne foi;

L'autre exige tout ensemble et la bonne foi de l'héritier apparent vendeur et la bonne foi du tiers acquéreur;

Un troisième enfin se contente de la bonne foi du tiers acquéreur.

Cette espèces de guerre intestine n'est-elle pas la preuve que tous ces systèmes dissidents manquent d'une base solide, et qu'il n'existe véritablement aucun texte, aucun principe certain autour duquel les adversaires de la nullité des ventes puissent s'établir et se rallier (comp. Bordeaux, 14 avril 1832, Raynaud, Dev., 1832. II, 501; Orléans, 27 mai 1836, héritiers Oudin, Dev., 1836, II, 289; Montpellier, 9 mai 1838, Rolland,

Dev., 1838, II, 492; Rennes, 12 août 1844, Denéchan, Dev., 1844, II, 450; Lebrun, *des Successions*, liv. III, chap. IV, n° 57; Toullier, t. IV, n° 289, t. VII, n° 31, t. IV, addition p. 541-588; Grenier, *des Hypothèques*, t. I, n° 51; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. III, n° 1319, note 1, *de l'État des personnes*, t. I, p. 267; Duranton, t. I, n°s 552-578; Troplong, *des Hypot.*, t. II, n° 468; *de la Vente*, t, II, n° 960).

245. — Tel est le premier système, le plus net, sans aucun doute, et, aussi selon moi, le plus vrai théoriquement et le plus juridique, inexpugnable même, à mon avis, tant qu'on voudra, comme on l'a fait jusqu'ici, engager le combat contre lui sur le terrain où il se place! (*Infra*, n°s 248-250; comp. notre *Traité des Engagements, qui se forment sans convention*, n° 415).

C'est ce que nous allons de plus en plus reconnaître, en le mettant successivement aux prises avec chacune des trois opinions qui, suivant des conditions diverses, maintiennent les aliénations faites par l'héritier apparent.

1° La première raisonne ainsi :

L'héritier apparent de bonne foi n'est tenu que *quatenus locupletior* (*ex hæreditate*) *factus est* (*supra*, n°s 217-220); il ne doit, ni directement ni indirectement, être constitué en perte sur ses propres biens. De là cette conséquence, que le tiers acquéreur ne pourra pas être évincé par l'héritier véritable, toutes les fois qu'il aurait à exercer contre l'héritier apparent de bonne foi, son vendeur, un recours en garantie qui constituerait celui-ci en perte sur ses biens personnels. Le tiers acquéreur sera donc alors maintenu, comme il l'était en droit romain, par l'effet de l'exception *ex persona venditoris* (L. 25, § 17, *de Hæred. petit.*); et il est facile de comprendre, dit M. Dalloz (*Rec. alph.*, v° *Succ.*, t. XII, p. 335), pourquoi on accorde à l'héritier putatif une exception qui ne profiterait pas à tout autre vendeur, même de bonne foi. C'est que l'hérédité embrasse pres-

que toujours plusieurs objets, qui ont pu être vendus séparément à plusieurs personnes, et que l'éviction de tous les acquéreurs exposerait l'héritier apparent à un grand nombre d'actions en garantie et à des dommages-intérêts qui entraîneraient sa ruine presque certaine. (Comp. Poitiers, 13 juin 1822, Chauloux, Dev., 1836, II, 290 en note; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Héritier*, § 3, t. III, et t. VIII, additions; Malpel, *des Successions*, n° 211; Laferrière, *Revue de droit français et étranger*, 1844, t. I, p. 208.)

J'apprécierai en peu de mots cette opinion.

Deux objections lui ont été faites :

On lui a reproché d'abord de se présenter comme une tradition des lois romaines, qui, au contraire, ne l'admettaient pas; et nous avons vu, en effet, que c'est là un point controversé et très-douteux (n° 242).

On a dit ensuite qu'en supposant que cette exception existât en droit romain, elle ne devrait pas être admise chez nous : 1° parce que nous n'avons pas admis le principe, dont on prétend la faire résulter; 2° parce que, même en admettant ce principe, elle n'en serait pas une conséquence nécessaire et logique.

J'ai essayé plus haut (n°s 220, 221) de démontrer que sous le Code Napoléon aussi, on avait conservé le principe que l'héritier apparent de bonne foi n'est tenu que *quatenus locupletior factus est.* Seulement on en a modifié l'application. Ainsi, tandis qu'en droit romain, l'héritier apparent, après avoir reçu le prix de la vente, n'en était pas considéré comme d'autant plus riche, s'il arrivait qu'il l'eût perdu ou dissipé au moment de la demande, aujourd'hui il suffit qu'il l'ait une fois reçu pour être toujours dès lors réputé en avoir profité. Et de là il résulte, en effet, que la revendication de l'héritier véritable contre le tiers acquéreur ne sera plus arrêtée par cette objection que l'héritier apparent pourrait être obligé de lui restituer le prix, puisque, dans tous les cas, il

serait tenu à cette restitution même envers le véritable héritier.

Mais reste la question des dommages-intérêts de l'acheteur évincé (art. 1630-4°, 1633), la question de savoir si l'héritier apparent, vendeur de bonne foi, peut se trouver ainsi constitué en perte sur ses propres biens, par l'effet de la revendication du véritable héritier contre le tiers acquéreur.

Pierre, héritier apparent, vend pour 20 000 fr. une maison faisant partie de la succession; Jacques, héritier réel, veut évincer l'acheteur, qui actionne son vendeur en garantie non-seulement pour la restitution du prix de 20 000 fr., mais encore pour 5000 fr. de dommages-intérêts.

Telle est l'hypothèse poposée par Troplong, qui la décide ainsi :

« Ou je me trompe fort, ou cette prétention de l'héritier apparent soulève encore un de ces calculs que notre droit français a voulu éviter. En effet, il prétend qu'il est obligé de prendre sur son propre patrimoine le montant des dommages-intérêts. Mais c'est un point fort douteux! Qui sait, par exemple, si la jouissance de l'hérédité n'a pas été pour lui une source telle de richesses qu'il ait fait de grandes économies, et qu'il se soit enrichi de manière à pouvoir payer les 5000 fr. avec ses épargnes capitalisées? » (*De la Vente*, t. II, n° 960, p. 559.)

Je penserais, au contraire, que l'héritier véritable, qui évince le tiers acquéreur, devrait se charger envers lui du payement de ses dommages-intérêts :

D'une part, l'objection tirée de ce que la jouissance de l'hérédité a pu enrichir le possesseur, est réfutée par l'article 138, qui lui attribue les fruits sans aucune espèce d'imputation; il n'a donc qu'à restituer le capital, le fonds lui-même; or, à l'égard de la chose vendue, le fonds, le capital, c'est seulement le prix qu'il a reçu, ce

prix, qui la représente dans ses mains; d'autre part, il me semble qu'il n'y a là aucun calcul, aucune recherche difficile. Rien, au contraire, n'est plus simple et plus clair. L'obligation pour le véritable héritier de prendre à son compte les dommages-intérêts de l'acheteur qu'il évince, me paraîtrait donc une conséquence logique et équitable du principe que l'héritier apparent de bonne foi ne doit pas être constitué en perte sur ses propres biens.

Mais c'est là précisément ce qu'on méconnaît! Il ne payera pas, dit-on, ces dommages-intérêts en sa qualité d'héritier apparent, à l'héritier véritable, ni par suite de la pétition d'hérédité; il les payera comme vendeur à l'acquéreur évincé, et par suite de l'action en garantie résultant du contrat qu'il a fait, par suite enfin de l'action *ex empto*. Or, c'est seulement le demandeur en pétition d'hérédité qui ne peut conclure contre l'héritier apparent que jusqu'à concurrence du profit par lui retiré; cette règle ne concerne pas les rapports particuliers de l'héritier considéré comme vendeur vis-à-vis de son acheteur.

Ce raisonnement de Favre (dans ses *Rationalia* sur la loi 25, § 17, ff. *de Petit. hæred.*) est, j'en conviens, fort ingénieux; mais pourtant, il ne me persuade pas. Il faut vouloir franchement et efficacement les conséquences d'un principe une fois admis; or, s'il est vrai que le possesseur de bonne foi ne puisse être poursuivi par l'héritier véritable que *quatenus locupletior factus est*, et que la possession qu'il a eue de l'hérédité ne doive pas devenir pour lui une occasion de perte, il paraît tout à la fois rationnel et équitable de lui conserver ce bénéfice, de quelque manière d'ailleurs que le véritable héritier juge à propos d'exercer ses droits (arg. des articles 1380 et 1935; *voy.* aussi Cass., 20 janv. 1841, Martin, Dev., 1841, I, 231).

En résumé, cette première opinion ne maintient pas,

à vrai dire, les ventes faites par l'héritier apparent; elle n'interdit pas la revendication au véritable héritier; seulement, elle l'oblige à se charger des dommages-intérêts de l'acheteur évincé; et en cela, elle nous paraît déduire une conséquence plausible de la règle, que nous avons nous-même adoptée (*supra*, n° 220).

246.—2° La seconde opinion, parmi celles qui maintiennent les aliénations d'immeubles faites à titre onéreux par l'héritier apparent, exige tout à la fois la bonne foi de l'héritier apparent vendeur et celle du tiers acquéreur. (Comp. Paris, 12 avril 1823, Ducasse, Sirey, 1824, II, 49; Toulouse, 5 mars 1833, Despouy, Dev., 1833, II, 516; Limoges, 27 déc. 1833, Dufour, Dev., 1834, II, 543; Bordeaux, 24 déc. 1834, Bagouet, Dev., 1835, II, 294; Bourges, 16 juin 1837, N. C. N., Dev., 1838, II, 201; Toulouse, 21 déc. 1839, Barbe, Dev., 1840, II, 168; Aix, 22 déc. 1844, Rolland, Dev., 1844, II, 268.)

Cela paraît, à première vue, équitable; il semble qu'on ne peut pas, en effet, considérer comme le représentant de l'héritier véritable le possesseur de mauvaise foi qui le trahit, et qui ne vend probablement les immeubles héréditaires que pour en soustraire le prix à la pétition d'hérédité (L. 89, § 7, ff. *de Legatis*, 2°).

Mais il n'en faut pas moins reconnaître que cette opinion ne repose sur aucune base légale, et que, même à son point de vue, elle serait contraire aux principes généraux du droit; c'est ainsi que les aliénations à titre onéreux faites par un débiteur de mauvaise foi, en fraude de ses créanciers, sont maintenues, si les acquéreurs euxmêmes sont de bonne foi (art. 1167, Code Napoléon; 446 Code de com.; L. 1, *princ.*; L. 6, § 8, ff. *Quæ in fraud. cred.*; comp. notre *Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, t. II, n° 196).

Quoique la loi n'ait pas pensé non plus que les créanciers soient représentés par le débiteur qui agit en fraude

de leurs droits, puisqu'elle leur permet d'attaquer alors ses actes en leur nom personnel, néanmoins la bonne foi des acquéreurs à titre onéreux suffit pour les garantir de l'action révocatoire, malgré la mauvaise foi du débiteur.

247. — 3° Aussi, l'opinion la plus accréditée n'exige-t-elle, en effet, que la bonne foi des acquéreurs. C'est là sa base principale! la bonne foi des tiers! la sécurité indispensable dans les acquisitions à titre onéreux! l'équité, l'ordre public, l'intérêt général enfin de la société! voilà surtout ses motifs, auxquels M. Jozon vient d'ajouter que l'héritir véritable a commis une faute, en ne se faisant pas connaître aux tiers, et qu'il doit en supporter les conséquences. (Comp. *Revue pratique de Droit français*, 1862, t. XIV, p. 378 et suiv.)

Ces motifs sont très-graves sans doute; mais est-il vrai qu'ils autorisent cette solution?

La bonne foi des acquéreurs! — Oui certes, il en faut tenir compte; mais c'est à la loi elle-même, à la loi elle seule, qu'il appartient de déroger, en leur faveur, aux principes sacrés aussi qui protégent le droit de propriété; or, précisément la loi a prévu cette hypothèse; elle a prévu qu'une personne pourrait acheter de bonne foi un immeuble d'un autre que du véritable maître; et elle lui accorde alors le double avantage : 1° de gagner les fruits (art. 138, 549); 2° d'acquérir la propriété par une prescription beaucoup plus courte que la prescription ordinaire (comp. art. 2262-2265); donc, notre espèce est textuellement résolue; donc, il est impossible d'attribuer immédiatement la propriété à un acquéreur de bonne foi *a non domino*, sans violer les articles 544 et 2265, qui ne la lui accordent qu'après dix ou vingt ans de possession.

Y a-t-il une exception à ces principes, en ce qui concerne l'acquéreur qui tient son droit d'un héritier apparent? on l'a prétendu; et il le fallait bien en effet pour

échapper à ce pressant syllogisme. On a donc invoqué trois moyens que nous avons à apprécier :

1° La bonne foi de cet acquéreur est absolue, irréprochable; son erreur était invincible!

Mais où donc la loi distingue-t-elle deux degrés, deux espèces de bonne foi? elle la suppose entière, irrépréhensible; et c'est alors même qu'elle abrége seulement la durée de la prescription. N'y avait-il pas, sous notre Code, tel qu'il était avant la loi du 23 mars 1855, sur la transcription, des hypothèses dans lesquelles *nulle prudence humaine*, comme dit M. Troplong (*de la Vente*, t. II, p. 564; *des Hypoth.*, t. I, préface, p. XI), ne pouvait garantir l'acquéreur d'une éviction?

Primus a vendu sa maison avec réserve d'usufruit à Secundus; Primus meurt; Secundus n'est pas là, il est en voyage, en pays étranger; et l'héritier de Primus, le véritable héritier! ignorant la vente faite par son auteur, vend lui-même cet immeuble à un tiers; ou bien encore une vente a été faite sous condition suspensive; et avant l'événement de la condition, le vendeur, encore propriétaire, encore saisi de ses titres, vend le même immeuble à un tiers. Y avait-il un moyen quelconque, pour ce tiers, de deviner le contrat qui avait conditionnellement dessaisi son vendeur de la propriété, et qui pouvait ainsi résoudre la seconde vente (art. 1179, 2125, 2182)? Et remarquez bien que je ne suppose aucune clandestinité frauduleuse qui aurait pu permettre d'invoquer les articles 1321 et 1382. (Cass., 25 avril 1826, Saint-Haon, Sirey, 1826, I, 429.) Si vous dites alors que l'acquéreur devenait immédiatement propriétaire, je demande ce que signifie l'article 2265; et si vous ne le dites pas, je constate que, de votre propre aveu, la bonne foi la plus complète et l'erreur la plus invincible ne suffisaient pas à l'acquéreur pour devenir *hic et nunc* propriétaire d'un immeuble vendu *a non domino*.

2° On a objecté que les articles 1599 et 2182 n'étaient pas ici applicables, parce que le premier avait uniquement pour but d'abroger la loi 28 au Digeste, *de contrahenda emptione*, qui déclarait la vente de la chose d'autrui obligatoire entre les parties contractantes elles-mêmes, et que dès lors, cet article ne réglait que les rapports réciproques du vendeur et de l'acheteur, sans s'occuper des tiers; et parce que le second, l'article 2182, deuxième alinéa, n'avait été inséré dans le Code Napoléon que pour faire ressortir l'abrogation de la loi du 11 brumaire an VII, sur la nécessité de la transcription. (Aubry et Rau, notes sur Zachariæ, t. IV, p. 310.)

Cette double observation est, à certains égards, exacte; mais nous ne croyons pas qu'elle affaiblisse l'argument que nous avons déduit de ces articles.

L'article 1599, dit-on, ne prononce la nullité de la vente de la chose d'autrui qu'entre les parties contractantes elles-mêmes! — Eh! mais c'est *a fortiori* dès lors que je fonde sur cet article la nullité de cette vente, vis-à-vis du propriétaire, qui n'a contracté, lui, aucune obligation personnelle! Et puis, en vérité, est-ce qu'il faut un texte spécial pour consacrer cette proposition, que celui qui n'est pas propriétaire ne peut pas transmettre la propriété? Il y en a qui le disent (art. 544, 2125); mais cela était en soi très-évident et très-certain.

A la bonne heure, répondrez-vous. Mais il n'y a pas de règle sans exception; et celle que nous invoquons est fondée par argument *a fortiori* sur l'article 132.

C'est sur cet article, en effet, que MM. Aubry et Rau s'appuient essentiellement. Mais j'ai déjà répondu; j'ai remarqué que cet argument, qui aurait une très-grande force dans le cas où la succession se serait ouverte après l'envoi définitif, s'évanouirait, au contraire, tout à fait

dans le cas d'une succession échue pendant la présomption d'absence, et qu'il n'était pas, dès lors, concluant (*supra*, n° 233).

3° Enfin, on a été jusqu'à dire que l'héritier apparent n'avait pas vendu la chose d'autrui!

« Attendu qu'une succession, aussitôt son ouverture, est dévolue par les articles 755 et 767 du Code Napoléon aux parents du défunt jusqu'au douzième degré inclusivement; à leur défaut, aux enfants naturels; et à défaut de ceux-ci, au conjoint survivant...; Attendu que le degré de parenté ne suffit pas pour faire reposer sur la tête du parent le plus proche la pleine et actuelle propriété des biens héréditaires; que c'est l'acceptation qui l'investit réellement de tous les droits et le soumet à toutes les charges de l'hérédité, et qui le constitue le véritable représentant du défunt; et que lorsque, pendant son abstention, un parent plus éloigné accepte la succession et en jouit publiquement et paisiblement, ce parent gère et administre *pour lui-même et dans son intérêt personnel; et s'il vend un meuble ou un immeuble de la succession, il est réputé disposer non de la chose appartenant à un autre, mais de sa propre chose.* » (Cass., 16 janv., de Rastignac, 1843, I, 97.)

Je ne crois pas que ce nouveau moyen soit plus solide.

Et d'abord, cette théorie générale sur la dévolution des successions *ab intestat* ne me paraît conforme ni au texte même du Code, ni aux véritables principes du droit civil; c'est ce que j'essayerai bientôt de démontrer (*infra*, n° 257). Il y a un cas seulement dans lequel je l'admets, c'est celui de l'article 136, le cas où le parent le plus proche est absent. Alors, je le crois aussi, la loi appelle, en effet, le parent qui aurait concouru avec lui ou qui serait venu après lui. La succession lui est dévolue légalement; il est héritier lui-même! il l'est pour son compte!

Mais sous quelles conditions et comment? sous la condition que si l'absent reparaît, il sera réputé avoir été lui-même héritier dès l'ouverture de la succession (art. 137, 724, 777); d'où la conséquence que le parent, qui l'aura recueillie même en vertu de l'article 136, sera réputé n'y avoir jamais eu, de son propre chef et pour son compte, aucun droit personnel.

Ainsi 1° cette doctrine sur la dévolution des successions *ab intestat* n'est pas exacte en général; 2° dans le cas particulier de l'article 136, où je pense seulement qu'elle est vraie, on n'en peut pas déduire pour conséquence, une fois que l'héritier véritable a reparu, que l'héritier apparent, en aliénant les biens héréditaires, a aliéné sa propre chose.

248. — Supposez, en effet, que l'héritier apparent, même de bonne foi, ait donné entre-vifs ou légué un immeuble de la succession à un tiers même aussi de bonne foi? vous ne maintiendrez pas le donataire ni le légataire; donc, l'héritier apparent n'avait pas la propriété.

Supposez même qu'il ait aliéné à titre onéreux un meuble incorporel, qu'il ait cédé une créance? — La Cour de cassation elle-même répondra « que la vente de pareils droits, par un autre que par le propriétaire, demeure soumise à la règle salutaire et absolue de l'article 1599. » (Cass., 11 mars 1839, Recullot, Dev., 1839, I, 169.)

Enfin supposez que l'héritier apparent ait aliéné à titre onéreux non pas un objet certain et déterminé, mais le droit héréditaire lui-même en tout ou en partie, le *nomen hereditarium?* — La Cour de cassation répondra encore que « une telle vente suppose nécessairement la réalité du titre d'héritier sur la tête du vendeur, qui est obligé de le garantir, suivant l'article 1696; » et la Cour déclarera nulle en conséquence « la vente d'une hérédité à laquelle les héritiers apparents n'avaient, aux termes des articles 136 et 137, *qu'un droit résoluble par l'exercice de l'action en pétition d'hérédité.* » (Cass., 26 août 1833,

Legros. D., 1833, I, 307; *voy.* aussi *infra*, n° 253.)

Eh bien! j'ose le dire, ces différentes décisions me paraissent absolument inconciliables; je ne crois pas qu'il soit possible de valider les ventes d'immeubles par le motif que *l'héritier apparent* a vendu sa *propre chose*, et puis d'annuler les donations d'immeubles, les transports de créances et la vente du droit héréditaire, par le motif *qu'il n'avait lui-même qu'un droit résoluble!*

249. — Ma pensée est pourtant que la victoire restera définitivement à ce dernier système et que l'avenir lui appartient. (Comp. Caen, 21 févr. 1814, et Cass., 3 août 1815, Deprépetit, Sirey, 1815, I, 268; Montpellier, 11 janv. 1830, Gavalda, Dev., 1833, II, 454; Rouen, 25 mai 1839, Foubert Dev., 1839, II, 451.)

Mais c'est surtout par ses trois arrêts du 16 janvier 1843, que la Cour suprême me paraît en avoir assuré le triomphe (première espèce, de Rastignac; — deuxième espèce, de Lenoncourt; — troisième espèce, de Saisseval, Dev., 1843, I, 97; ajout. Cass., 25 nov. 1862, Lefèvre, Dev., 1865, I, 102).

Il faut ajouter l'important arrêt du 3 juillet 1877, par lequel la Cour suprême consacre formellement cette doctrine. (Laurence, Dev., 1878-I-38.)

Aussi, sur le renvoi après ces cassations, les cours de Bourges (24 août 1843, de Saisseval, Dev., 1843, II, 527), et d'Aix (22 déc. 1843, Rolland, Dev., 1844, II, 208), ont-elles adopté cette jurisprudence. (Comp. aussi Paris, 29 janv. 1848, Boyan, Dev., 1848, II, 159; Besançon, 18 juin 1864, Cuisenier, Dev., 1865, II, 102; Chabot, *des Successions*, sur l'article 756, n°s 13-15; Duvergier, *de la Vente*, t. I, n° 225; Zachariæ, t. IV, p. 308.)

Je ne dis pas certes que la lutte soit finie encore, soit au Palais, soit à l'École. Depuis les derniers arrêts de la Cour de cassation, la Cour de Rennes a prononcé la nullité d'une vente faite par un héritier apparent à un acquéreur de bonne foi (Rennes, 12 août 1844,

Denechamp, Dev., 1844, II, 450); et cette solution, énergiquement défendue déjà par Toullier contre Merlin, a trouvé encore depuis des partisans très-convaincus (*supra*, nos 244, 245). Duranton combat même les derniers arrêts de la Cour de cassation avec une grande vivacité (t. I, n° 578 *bis*, p. 526).

Pour mon compte, j'ai déjà reconnu combien le systèmede la nullité était serré et pressant (*supra*, n° 245); mais d'une part, il ne me paraît pas tel néanmoins que je ne puisse comprendre le sentiment contraire; et d'autre part, je suis, je l'avoue, très-touché de cette profonde, de cette unanime conviction qui entraîne vers lui tous les hommes mêlés à la pratique et au mouvement des affaires. Parmi les avocats les plus exercés du barreau, parmi les notaires que j'ai pu consulter, je n'en ai presque pas rencontré qui ne considérassent comme une véritable nécessité le maintien des ventes ainsi faites; et voilà surtout ce qui me porte à dire que cette dernière opinion triomphera.

Mais pourtant, je crois avoir prouvé que cette opinion, que cette jurisprudence ne repose pas sur une base satisfaisante.

Et cela est si vrai que l'un de ses plus habiles défenseurs, M. Carette, a été jusqu'à dire « que cette question n'a pas été prévue par le législateur.... et que, lorsqu'elle se présente, la mission du juge s'élève presque à la hauteur de celle du législateur lui-même. » (Dev., 1836, II, 293.)

Aveu compromettant, suivant moi! car une telle question ne peut pas ne pas être résolue; car elle se trouve sous l'empire immédiat des principes généraux, consacrés par les articles 1599, 2125 et 2182; et si vous ne trouvez pas dans la loi elle-même une exception pour l'y soustraire, le droit de propriété triomphe! et voilà l'action en revendication ouverte contre les tiers acquéreurs!

Aussi, me paraît-il, au contraire, très-essentiel, puis-

que ce système doit l'emporter de lui chercher une base dans la loi positive; et je crois que cela n'est pas impossible.

Voici donc celle que je propose :

250. — Je reconnais d'abord que si l'absent reparaît, l'héritier apparent aura vendu la chose d'autrui.

Mais je soutiens qu'il aura eu pouvoir et mandat suffisant pour la vendre :

Il est vrai qu'en principe « le mandat conçu en termes « généraux n'embrasse que les actes d'administration, et « que s'il s'agit d'aliéner ou d'hypothéquer, ou de quel- « que autre acte de propriété, le mandat doit être ex- « près. » (Art. 1988.)

Mais c'est là une simple règle d'interprétation, qui ne s'oppose pas absolument à ce que l'on reconnaisse, dans un mandat quelconque, le pouvoir d'aliéner, si, dans l'espèce, il est constaté que telle a été effectivement l'intention soit de la loi, soit de la partie qui a conféré le mandat. C'est ainsi qu'autrefois le procureur *omnium bonorum cum libera* avait le pouvoir d'aliéner, lorsque le mandant partait pour un pays éloigné :

« Si cui libera negotiorum administratio ab eo qui « peregre proficiscitur, permissa fuerit, et is ex negotiis « rem vendiderit et tradiderit, facit eam accipientis. » (L. 9, § 4, ff. *de Adq. rer. dom.*)

Et Pothier est aussi porté à donner beaucoup d'étendue au mandat, en raison de la circonstance que « celui qui « a laissé à quelqu'un une procuration générale, est « parti pour les îles de l'Amérique ou pour quelque autre « pays éloigné où il doit faire un long séjour, et où il « n'est pas à portée de prendre par lui-même connais- « sance des affaires qui lui surviendraient pendant « son absence. » (*Du Mandat*, ch. v, art. 2, § 2, n° 147.)

Or, telle est précisément la situation, lorsqu'une succession s'ouvre au profit de l'absent qui n'est pas seule-

ment éloigné, lui! mais dont l'existence même est incertaine!

Donc, il est raisonnable d'interpréter le pouvoir que la loi confère, à tout événement et dans l'hypothèse même de son retour, à ceux qui recueillent la succession en son lieu et place, de l'interpréter, dis-je, en ce sens qu'elle les constitue, eu égard à cette succession, les procureurs de l'absent *cum libera administratione*, c'est-à-dire *avec une entière liberté*, dit Pothier, *de faire tout ce qu'ils jugeront à propos* (*du Mandat*, n° 146).

Faites comme pour vous, leur dit-elle; et de deux choses l'une : si l'absent ne revient pas, vous resterez héritiers et propriétaires; s'il revient, vous n'aurez jamais été propriétaires ni héritiers; mais vous l'aurez pourtant représenté, dans vos actes à titre onéreux, parce que vous étiez ses procureurs *cum libera*, parce que son éloignement, bien plus même l'incertitude de son existence autorisait, ici plus que jamais, et exigeait même, dans l'intérêt public, cette extension du mandat que je vous donnais. Vous aurez été enfin des espèces de *curateurs* (art. 462, 790) avec les pouvoirs plus étendus, que comportaient d'une part l'absence du parent le plus proche, et d'autre part votre qualité personnelle d'héritier.

Voilà ce qu'il est juste, ce qu'il est permis de trouver dans l'article 136, d'après lequel la succession est alors *dévolue* par la loi elle-même à ceux qui l'auraient recueillie, à défaut de l'absent.

Qui veut la fin, veut les moyens; et quand la loi concède un droit, elle concède, par cela même, les moyens sans lesquels ce droit ne pourrait pas s'exercer. En déférant la succession à ceux qui l'auraient recueillie à défaut de l'absent, elle leur donne, pour tous les cas, le pouvoir d'en faire le règlement et la liquidation; or, cette liquidation entraîne très-souvent la nécessité de vendre même les immeubles. Si la succession est dévo-

lue à plusieurs héritiers, il faudra bien la partager (art. 815), et, pour cela, liciter les immeubles dont la division serait impossible ou incommode (art. 827, 1686). Dans tous les cas, il faudra bien, s'il y a des dettes, payer les créanciers, et, pour cela, vendre souvent aussi les immeubles; donc, il est nécessaire que les héritiers présents aient le pouvoir de les aliéner.

Cela est si vrai que, de tout temps, les ventes faites par l'héritier apparent pour le payement des dettes héréditaires ont été maintenues :

« .... Si possessor hæreditatis fundum hæreditarium « distraxit, si quidem sine causa, et ipsum fundum et « fructus in hæreditatis petitionem venire; *quod si æris « exsolvendi gratia hæreditarii id fecerit, non amplius « venire quam pretium.* » (L. 20, § 2, ff. *de Hæred. petit.*)

Lebrun en convenait sous l'ancien droit (*des Successions*, liv. III, ch. IV, n° 57).

Et Toullier lui-même, l'un des partisans les plus déclarés du système de la nullité, pense que la vente pourrait être maintenue « au cas où l'héritier apparent, « pressé par les créanciers, vend les biens à l'encan pour « payer les créanciers. La vente alors n'est plus volon« taire, elle est forcée; elle n'est, pour ainsi dire, qu'un « acte d'administration; car le premier devoir d'un hé« ritier est de payer les dettes; le véritable héritier eût été « forcé d'en faire autant. » (T. VII, n° 31, p. 46, note 1.)

Il est vrai que l'auteur semble exiger une vente à l'encan et presque une expropriation; mais en vérité est-il juste, est-il convenable de forcer cet héritier, auquel la succession est dévolue par la loi, à défaut de l'absent, de le forcer, dis-je, à se laisser exproprier honteusement et à grands frais, quand il ne demande pas mieux que de vendre à l'amiable et peut-être bien plus avantageusement? non sans doute.

Mais ce n'est pas tout. Est-ce qu'il ne peut pas être nécessaire de vendre des immeubles qui ne rapportent

rien et qui dépérissent? ou bien pour se procurer des fonds, afin de faire des réparations urgentes à d'autres objets héréditaires ?

« Non solum ad æs alienum exsolvendum necessaria « alienatio possessori est, sed et si impensæ necessariæ « in rem hæreditariam factæ sunt a possessore, vel si « mora perituræ, deterioresve futuræ erant. » (L. 53, ff. *de Hæred. petit.*)

C'est qu'en effet, il s'agit ici d'un ensemble de biens, d'une universalité, et que l'aliénation d'un objet certain et déterminé peut alors devenir un acte d'administration, dans le sens élevé et étendu de ce mot.

Et à ce point de vue, l'un des considérants des arrêts précités de la Cour de cassation me paraît très-digne de remarque :

« Si, dans le cas d'actions judiciaires, l'héritier appa- « rent qui puise dans le droit d'agir librement, en de- « mandant ou en défendant, celui de se concilier, d'ac- « quiescer, de compromettre, oblige la succession, il n'y « a pas de motifs pour lui refuser le pouvoir d'en vendre « les valeurs mobilières ou immobilières; ce qui d'ail- « leurs est souvent indispensable pour acquitter les char- « ges et arrêter des poursuites ruineuses. » (16 janv. 1843, de Rastignac, Dev., 1843, I, 97.)

Ajoutez encore que si l'héritier, appelé en vertu de l'article 136, ne pouvait pas aliéner à titre onéreux, il y aurait là une situation véritablement sans issue; car la loi n'a exigé aucune autorisation de justice, n'a déterminé aucune forme quelconque qu'on pourrait, du moins, observer pour rendre l'aliénation possible! Et comme les tiers, eux, ne pourraient pas savoir si la cause de l'aliénation est ou non nécessaire et légitime, il en résulterait qu'il serait toujours très-difficile, et quelquefois même peut-être impossible d'aliéner. Et, cette situation sans issue, sans dénoûment, se prolongerait ainsi pendant trente ans au moins (art. 137)!

Il faut le dire, telle n'a pu être l'intention de la loi. Aussi, voyons-nous que dans les autres hypothèses analogues, on s'accorde à maintenir les aliénations consenties par celui qui a été légalement appelé par la loi elle-même à la succession; je terminerai la démonstration de cette théorie par ce dernier argument, qui me paraît décisif :

Ainsi, Duranton lui-même déclare valables les aliénations, les hypothèques, etc., consenties par l'héritier indigne, avant le jugement qui a prononcé son indignité; et pourquoi? *parce que l'indigne exclu a été héritier jusqu'à son exclusion* (t. VI, n° 126; *voy.* aussi Toullier, t. III, n° 682; *Thémis*, t. VII, p. 1-10, article de Demante);

Or, l'héritier appelé à défaut de l'absent, dans le cas de l'article 136, a été aussi héritier; il a été saisi, je ne crains pas de le dire; car la loi déclare que la succession lui a été *dévolue;*

Donc, la situation est absolument la même.

Aussi, j'ose croire que Toullier, Duranton et Troplong, en prononçant la nullité sans aucune distinction, des ventes consenties par un autre que par l'héritier véritable, et en confondant le cas d'*absence* avec le cas de *silence* ou d'*inaction* de ce véritable héritier, j'ose croire que ces auteurs ont méconnu la signification, très-grande pourtant! de l'article 136, et l'effet puissant de la *dévolution légale* qu'il consacre; dévolution par suite de laquelle la loi traite, pour ainsi dire, l'héritier absent comme l'héritier renonçant, pour appeler, dans les deux cas, de la même manière, le parent qui vient avec lui ou après lui (comparez, en effet, les articles 136 et 786, et remarquez que tous les deux emploient la même expression : *dévolue*).

Objectera-t-on que la preuve de l'existence de l'absent résout le titre de l'héritier présent?

Mais le jugement, qui déclare l'indignité, ne résout-il donc pas le titre de l'héritier indigne!

Demante trouve, il est vrai, une différence entre ces

deux causes de résolution; et il prétend que si la résolution qui atteint le titre de l'indigne, ne doit pas rejaillir contre les tiers, c'est uniquement parce qu'elle est pénale, et qu'il est juste, dès lors, qu'elle ne frappe que le coupable, comme dans le cas de révocation d'une donation pour cause d'ingratitude du donataire (art. 958).

Sans méconnaître la vérité de cette distinction, je pense pourtant que le maintien des aliénations dérive, dans les deux cas, d'une règle commune et plus générale, savoir : de ce que ces aliénations ont été faites par celui auquel la succession avait été *dévolue* par la loi (art. 136, 724, 727); par celui que la loi avait placé elle-même à la tête de l'hérédité, et qui dès lors doit être réputé avoir été constitué par elle, à tout événement, le mandataire *cum libera* de l'héritier, qui prend ensuite sa place.

Et voilà ce qui arrive encore, lorsqu'un héritier se fait restituer contre son acceptation (art. 783) ; son titre est résolu; la résolution n'est pas pénale; et pourtant on maintient les aliénations qu'il a consenties. (L. 44, ff. *de Acq hæred.;* L. 70, § 1, ff. *ad Senat. Trebell.;* L. 17, ff. *de Transactionibus;* Toullier, t. IV, n° 31, p. 47; *voy.* aussi notre *Traité des Successions*, t. II, n° 569.)

Je pense donc que les aliénations d'immeubles faites par l'héritier appelé, aux termes de l'article 136, à recueillir la succession, à défaut de l'héritier plus proche absent, doivent être maintenues.

Les motifs, qui me déterminent, s'appliquent aussi aux hypothèques par lui consenties (Paris, 8 juillet 1833, Meunier, Dev., 1833, I, 455); et ils justifient, par cela même, encore de plus en plus les solutions par lesquelles j'ai déjà validé les baux, les transactions, etc.

Cette théorie que nous avions présentée dans notre première édition, a été depuis adoptée par Demante, dans son *Cours analytique*, où l'éminent auteur enseigne également que le pouvoir d'aliéner, que l'héritier apparent ne saurait jamais trouver dans son titre de propriétaire,

peut se trouver dans la possession légitime, que lui accorde l'article 136 (T. I, n° 176 *bis*, VI-VIII.)

Nous devons ajouter, toutefois, que notre théorie a trouvé, au contraire, une contradiction très-déclarée dans l'ouvrage de M. Alfred Serezia, sur *la Pétition d'hérédité en droit moderne*, où l'honorable auteur nous reproche *d'avoir eu, à cet égard, une idée on ne peut plus malheureuse!* (N° 220.)

Aussi, nous félicitons-nous d'autant plus de pouvoir dire que cette idée vient d'être formellement consacrée par la Cour de cassation. (3 juill. 1877, Laurence, Dev., 1878-I-38.)

251. — Quant aux donations faites par l'héritier apparent, je suis fort à l'aise avec ces principes pour les annuler; car le mandat, si général qu'on le suppose, la procuration même *omnium bonorum* ne comprend pas les libéralités (arg. *a fortiori* de l'article 933; Pothier, *du Mandat*, ch. v, art. 2, n° 164; ajout. Aubry et Rau sur Zachariæ, t. V, p. 189, 190; Demante, *loc. supra cit.*, n° 176 *bis*, IX).

Ces principes exerceront nécessairement beaucoup d'influence aussi sur les questions qui nous restent encore à examiner; et je pense qu'elles en rendront la solution plus facile et plus rationnelle.

252. — Si ce sont des meubles corporels que l'héritier apparent a vendus, des chevaux, des glaces, du linge, etc., l'acquéreur de bonne foi en devient immédiatement propriétaire; car, en fait de meubles, possession vaut titre (art. 2279, 1141); car le procureur *omnium bonorum cum libera administratione* peut aliéner les meubles (Pothier, *du Mandat*, chap. v, art. 2, n° 144).

Mais c'est un meuble incorporel que l'héritier apparent a vendu; il a cédé une créance, une rente (art. 1689, 1690).

L'absent, de retour, pourra-t-il la réclamer, la revendiquer contre le cessionnaire?

Pour la négative, on peut argumenter ainsi:

1° Le mot *meuble*, employé seul dans l'article 2279,

ne comporte aucune distinction (art. 535); il comprend donc aussi les meubles incorporels.

2° S'il en était autrement, le cessionnaire, même de bonne foi, d'une créance transportée par le propriétaire apparent, n'en deviendrait lui-même propriétaire qu'au bout de trente ans (art. 2262); or, ce serait là, dans le Code Napoléon, une lacune évidente et une choquante anomalie! Dans tous les autres cas, en effet, nous voyons le Code Napoléon favoriser l'acquéreur de bonne foi — d'un meuble? par l'acquisition immédiate de la propriété (art. 2279); — d'un immeuble? par la prescription abrégée de dix ou vingt ans (art. 2265). Il n'y aurait donc que le cessionnaire de bonne foi d'un meuble incorporel, pour lequel il n'aurait rien fait! or, cela serait, encore une fois, inexplicable; donc, ce cessionnaire est compris dans l'article 2279.

3° N'objectez pas que le transport des créances et autres biens incorporels est soumis à des formes spéciales (art. 1690, 1691). Q'est-ce que cela prouve en effet? qu'il faudra, pour être de bonne foi, que le cessionnaire les ait remplies; or, nous supposons qu'il n'a acheté de l'héritier apparent la créance héréditaire que d'après les formes prescrites par les articles 1690 et suivants.

4° Enfin l'article 1240 suppose bien qu'un individu peut être *en possession de la créance;* et tout en reconnaissant la différence qu'il y a entre le payement et la cession d'une créance, il est permis d'invoquer encore cet article 1240 en faveur de la validité même du transport fait par l'héritier apparent. (Comp. Cass., 22 mai 1824, le duc de Bassano, Sirey, 1825, I, 116; Paris, 14 juin 1834, Creuset, Dev., 1836, II, 113.)

Ces motifs sont très-graves, mais ne me paraissent pa pourtant décisifs.

Et d'abord les textes mêmes du Code Napoléon, à l'égard de cette acquisition immédiate de la propriété des meubles aliénés *a non domino*, les textes, dis-je, ne s'ap-

pliquent qu'aux *choses purement mobilières*, susceptibles *de possession réelle* (art. 1141); aux choses qui peuvent être *perdues ou volées* (art. 2279); *achetées dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles* (art. 2280). Toutes ces expressions ne conviennent-elles pas uniquement aux meubles corporels?

Et en principe, effectivement, ces meubles sont seuls susceptibles de la possession véritable, de cette possession qui fait le propriétaire apparent (Poitiers, 27 novembre 1833, Faran, Dev., 1834, II, 680), et opère au profit de l'acquéreur de bonne foi une sorte de prescription instantanée.

Ajoutez que les motifs essentiels de l'article 2279, la rapidité, la sécurité nécessaires dans la transmission des meubles, l'impossibilité de vérifier le droit du possesseur actuel, que tous ces motifs ne s'appliquent pas en général, aux meubles incorporels, si ce n'est seulement aux effets au porteur, qu'il faut effectivement excepter (Troplong, *de la Prescription*, t. II, n° 1065).

Aussi, la Cour de cassation s'est-elle prononcée, d'une manière absolue, contre la validité des ventes de meubles incorporels faites par le propriétaire apparent (Cass., 4 mai 1836, Dreux, Dev., 1836, I, 353; Cass., 11 mai 1839, Recullot, Dev., 1839, I, 169; Cass., 14 août 1840, Laqueuille, Dev., 1840, I, 753; Larombière, *Théorie et pratique des Obligations*, t. III, art, 1240, n° 8).

Mais que résulte-t-il de là? que les ventes d'immeubles faites par l'héritier apparent seront valables, et que les cessions de créances ne le seront pas!

Or, c'est là, il faut bien le dire, une contradiction inexplicable! (*supra*, n°° 248, 249); et Devilleneuve l'a très-bien compris :

« Il nous semble, dit-il, que pour être conséquent « il faut décider des unes comme des autres, qu'elles « sont valables ou nulles. » (1836, I, 364, 365.)

Je le crois tout à fait de même; et je validerais aussi

les cessions de créances, non point en vertu de l'article 2279, comme Devilleneuve, mais par application du principe que j'ai proposé plus haut, savoir : que l'héritier appelé à défaut de l'absent, a été son mandataire général *cum libera*, et que le transport d'une créance ou d'une rente peut être compris dans ce mandat, non moins certes que la vente des immeubles.

Est-ce qu'il ne peut pas être nécessaire, pour se procurer des fonds, de vendre une créance à terme, ou une rente, ou même une créance échue, mais d'un recouvrement actuellement difficile. J'ajoute que je suis d'autant plus porté à adopter cette solution en faveur du cessionnaire qu'en effet il lui faudrait trente ans avant d'être sûr de son contrat ! Car je crois que cela est vrai, et que l'acheteur de meubles incorporels a été oublié dans la juste faveur qu'on accordait à la bonne foi ; raison de plus, non pas certes pour lui appliquer l'article 2279, qui n'est pas fait pour lui (ce serait créer la loi), mais du moins pour le protéger, quand une interprétation légitime nous le permet. (Comp. notre *Traité des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général*, t. IV, n° 184.)

253. — Enfin, supposons que l'héritier apparent a aliéné, non pas un objet certain, soit immeuble, soit meuble, corporel ou incorporel, mais l'hérédité elle-même, le *jus hæreditarium*, en tout ou en partie.

L'absent, de retour (ou son représentant), pourra-t-il évincer ce cessionnaire? et, dans le cas de l'affirmative, pendant combien de temps?

A. — L'hérédité ne peut être aliénée valablement, comme tout autre chose, que par le maître, c'est-à-dire par le véritable héritier (art. 1599, 1696); or, il est prouvé, par le retour de l'absent, que le cédant n'avait pas de droits à la succession ; donc, il n'a pas pu en transmettre à autrui.

L'argument me paraît très-bien procéder ; et je ne crois pas qu'il y ait effectivement, sous ce rapport, de

différence entre l'aliénation d'un objet certain et l'aliénation du droit héréditaire. C'est, dans les deux cas, la vente de la chose d'autrui; et à ce seul point de vue, l'acquéreur serait, dans les deux cas, également soumis à l'action en revendication.

Il est vrai que les Romains accordaient l'action en pétition d'hérédité *utile* contre l'acheteur de l'universalité (L. 13, § 4, ff. *de Hæred. petit.*); et même notre ancien Droit, qui n'admettait pas ces distinctions subtiles et toutes romaines entre les diverses espèces d'actions, semblait voir franchement, dans le cessionnaire de l'hérédité, un possesseur *pro hærede*, soumis à la pétition d'hérédité. (Pothier, *de la Propriété*, part. II, chap. II, n° 375.)

Mais il n'en faut pas moins reconnaître que le cessionnaire, même de l'hérédité, n'est qu'un acquéreur à titre singulier, qui ne succède pas aux obligations personnelles de son auteur, et qui, détenant la succession *pro emptore*, ne devait pas, d'après les principes purs, être soumis à la pétition d'hérédité, laquelle ne s'exerce que contre ceux qui procèdent *pro hærede aut pro possessore*, avec une prétention personnelle à l'hérédité même (L. 9-12, ff. *de Hæred. petit.*; L. 7, Code, *eod tit.*; L. 4, Code, *In quib. caus. cess. long. temp. præscript.*; Cass., 16 déc. 1825, Langevin, Sirey, 1826, I, 419).

C'était donc là, même en droit romain, une déviation de la règle rigoureuse.... *ne singulis judiciis vexaretur* (L. 13, § 4, ff. *de Hæred. petit.*; Voët, *h. t.*, n° 10).

La question de savoir si l'aliénation de l'universalité, faite par l'héritier apparent, constituait, oui ou non, la vente de la chose d'autrui, cette question semblait donc, de tous points, la même:

Aussi, quand la Cour de cassation décida que la vente de l'hérédité, par l'héritier apparent, était nulle (23 août 1833, Legros, D., 1833, I, 307), ce fut un cri de victoire parmi les partisans de la nullité de l'aliénation même des objets déterminés!

« Il ne lui reste plus qu'un pas à faire pour être tout à « fait dans nos rangs, » s'écrie Troplong; « et si la ques- « tion (de la vente des immeubles déterminés) se présen- « tait encore, la Cour suprême, liée par son arrêt de 1833, « ne pourrait que donner un démenti à sa décision de « 1815. » (*De la Vente*, t. II, n° 960, art. 1698, p. 544.)

Et la Cour impériale de Rennes, dans l'arrêt qu'elle a opposé aux arrêts de cassation du 16 janvier 1843, n'a pas non plus manqué de tirer avantage de cette contra- diction :

« ....Considérant que les partisans de l'opinion com- « battue ici reculent devant leur propre doctrine, puis- « qu'en validant les ventes d'immeubles à titre particu- « lier, ils repoussent les ventes de la totalité ou d'une « partie aliquote des droits héréditaires; distinction qui « serait inadmissible, s'il était vrai que l'héritier appa- « rent eût, quant aux tiers, la saisine légale, c'est-à-dire « le droit de disposer de la propriété.... » (Rennes, 12 août 1844, Denéchan, Dev., 1844, II, 450.)

L'aliénation du droit héréditaire est pourtant générale- ment déclarée nulle. (Cass., 28 août 1833, précité; Rouen, 16 juill. 1834, Tissier, Dev., 1834, II, 443, Agen, 16 janv. 1842, Hébrard, Dev., 1843, II, 181 ; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Héritier*, § 3; Duranton, t. I, n° 559 et 581 ; Zachariæ, t. IV, p, 300, note 7; Demante, t. I, n° 176 *bis*, VI.)

Et je crois aussi moi-même qu'elle doit être annulée.

Mais, pourquoi? parce que l'héritier apparent a vendu la chose d'autrui? non, tel n'est pas mon motif; car je maintiens l'aliénation de l'immeuble déterminé qu'il au- rait faite; et c'est là certes aussi la vente de la chose d'au- trui! La similitude est parfaite; et, quoiqu'on lise dans une note insérée dans le Recueil de Devilleneuve (1833, I, 737), que la décision du 28 août 1833 *se concilie par- faitement* avec l'arrêt de Prépetit du 3 août 1815, je pense, au contraire, que la jurisprudence de la Cour suprême n'est pas ici exempte de contradiction. Mais j'annule la

vente de l'hérédité même, parce que je ne puis pas y appliquer la théorie du mandat, même le plus étendu ; parce que le procureur, même *cum libera*, dépasse ses pouvoirs et n'administre plus, lorsqu'il abdique, au contraire, son rôle, lorsqu'il résigne son mandat, en livrant à un autre l'universalité même qui faisait l'objet de sa gestion.

J'ajoute aussi, tout en ne voyant dans le cessionnaire qu'un acheteur à titre singulier, que néanmoins il prend bien plus, vis-à-vis des tiers, la place de son vendeur, et qu'il est plus facile de le traiter lui-même comme un prétendant à la succession.... *tanquam vicem hæredis gerentem* (Voët, *de Hæred. petit.*, n° 10). Et c'est bien de là qu'était née contre lui, en droit romain, l'action *utile* en pétition d'hérédité.

B. — La différence, au contraire, est très-grande quant à la durée de l'action en revendication, entre l'acquéreur du *jus hæreditarium* et l'acquéreur d'objets singuliers.

L'action, en effet, contre le premier dure trente ans, dans tous les cas (art. 2272 ; L. 7, Code, *de Petit. hæred.* ; L. 4, Code, *In quib. caus. cess. long. temp. præscript.*).

Trente ans, dis-je, même pour les meubles corporels ; car, l'article 2279 ne rend instantanément propriétaire que l'acquéreur des meubles eux-mêmes, des meubles achetés comme tels et comme corps certains ; or, le cessionnaire de l'hérédité n'a pas acquis tel ou tel meuble héréditaire, mais bien et surtout le *jus hæreditarium*, l'universalité, chose incorporelle (art. 1696 ; Troplong, *de la Prescription*, t. II, n° 1066 ; Zachariæ, t. I, p. 373, note 5, et p. 440, note 4).

Trente ans aussi, même pour les immeubles ; car l'article 2265 n'accorde le bénéfice de la prescription de dix ou vingt ans, qu'à l'acquéreur d'immeubles certains et déterminés ; or, nous venons de dire que le cessionnaire de l'hérédité ne les a point acquis de la sorte, et que tel n'est pas véritablement l'objet de son titre (Duranton, t. I, n° 581).

254.—J'ai toujours supposé jusqu'à présent une succession *ab intestat*, dévolue tout entière à des parents du défunt, à défaut d'un autre parent absent, d'un degré égal ou plus proche qui l'aurait recueillie, soit avec eux, soit à leur exclusion.

Les mêmes questions peuvent aussi s'élever dans le cas d'absence d'un légataire, au moment soit de la mort du testateur, si le legs est pur et simple, soit de l'événement de la condition, si le legs est conditionnel (art. 135, 1039, 1040).

Supposons d'abord un légataire universel ou à titre universel absent (comp. Cass., 13 juill. 1877, Laurence, Dev., 1878-I-38).

La succession peut être alors recueillie ou par l'héritier légitime (art. 724) ou par un autre légataire universel, substitué vulgairement (art. 898), ou encore par un colégataire universel avec droit d'accroissement (art. 1044, 1045).

Le légataire absent, de retour, doit-il respecter les aliénations consenties soit par l'héritier légitime, soit par le légataire substitué vulgairement, ou par le colégataire?

L'affirmative me paraît résulter de tous les motifs qui précèdent.

L'héritier légitime ou le légataire universel présent, ont recueilli légalement la succession, l'un en vertu de la loi, l'autre en vertu du testament, qui l'appelait par substitution vulgaire ou par droit d'accroissement; leur titre était donc fondé sur le droit (art. 136, 1039, 1040, 898, 1044); ils ont donc été dès lors constitués, à tout événement, les procureurs *cum libera* du légataire universel absent, relativement à l'universalité léguée. Je ne crois pas qu'on puisse faire une différence, sous ce rapport, entre l'absence d'un héritier légitime et celle d'un légataire universel. Bien plus! dans le cas où l'héritier légitime le plus proche, le véritable héritier, recueille la succession par suite de l'absence d'un léga-

taire universel, les tiers peuvent ignorer ce testament, dont personne n'exige et ne peut exiger l'exécution (art. 135); et c'est alors vraiment que leur erreur est invincible.

Je conviens que ce dernier motif semble fournir, au contraire, une objection contre moi, lorsque c'est un légataire universel substitué vulgairement, ou un colégataire avec droit d'accroissement, qui a fait les aliénations; on peut dire, en effet, alors que les tiers, avant d'acquérir de lui, ont dû examiner son titre, et apprendre ainsi la chance de résolution dont il était menacé.

Mais prenez garde qu'en ce qui me concerne, je ne fonde pas la validité des aliénations uniquement sur la bonne foi des tiers acquéreurs; ce motif seul ne suffit pas à mes yeux; et, sur ce terrain, je reconnais qu'on est battu par les articles 544 et 2265 (*supra*, nos 245 et 249).

C'est de la part de celui qui a vendu qu'il faut aussi que nous trouvions le pouvoir de vendre; or, il me semble que le légataire universel présent, ayant légalement recueilli l'hérédité, était dès lors dans la même position qu'un héritier légitime, et qu'il a dû, par conséquent, avoir les mêmes pouvoirs d'administration. Ajoutez que cette solution est très-raisonnable dans le cas d'absence, le seul cas que j'examine en ce moment, en cas d'absence, dis-je, surtout après l'envoi définitif.

Ce que je viens de dire d'un légataire universel me paraîtrait également applicable au donataire de biens à venir, à l'institué contractuellement (art. 1082, 1089).

Reste le légataire particulier d'un immeuble déterminé; la difficulté me semble ici plus délicate.

L'héritier légitime ou le légataire universel, ou un autre légataire particulier substitué vulgairement, a donc recueilli l'immeuble légué, à défaut du légataire particulier absent. Il l'a vendu. Puis voilà l'absent qui revient; peut-

il revendiquer l'immeuble dans les mains des tiers acquéreurs?

Si c'est un légataire particulier, substitué vulgairement, qui l'a vendu, je le crois; car le droit d'administration restreint à des objets déterminés, ne constitue pas ce mandat général, cette procuration OMNIUM BONORUM *cum libera*, qui donne au mandataire des pouvoirs si étendus sur la gestion d'une universalité. Le tiers acquéreur, qui a vu le titre résoluble du légataire présent, n'a pas dû l'ignorer. (Comp. toutefois Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 564-565.)

Mais c'est l'héritier légitime, c'est un légataire universel, qui a vendu? Dans ce cas, il semblerait rationnel de valider l'aliénation à l'égard des tiers de bonne foi; car l'héritier légitime était saisi de toute la succession; et ils ont pu ignorer ce legs particulier, dont nul n'exigeait et n'avait le droit d'exiger la délivrance (art. 135 et 1039; *voy.* aussi L. 89, § 7, ff. *de Legatis* 2°). En tout cas, même lorsqu'ils ont acquis d'un légataire universel, leur vendeur administrait, avec pouvoir d'aliéner, cette universalité, dont précisément l'immeuble légué faisait partie. Pourquoi donc le légataire particulier, seul au milieu de tous les absents qui reviennent, aurait-il, dans ce cas, la revendication contre les tiers?

Je ne nie pas la force de cette argumentation; et pourtant elle ne me paraît pas satisfaisante :

La bonne foi des tiers, encore un coup, ne suffit pas pour les rendre immédiatement propriétaires, lorsqu'ils achètent *a non domino*; il faut que l'aliénation, quand elle n'est pas faite par le propriétaire, soit faite, ou, si vous voulez, puisse du moins être réputée faite en son nom et par son représentant; or, cette procuration *cum libera administratione* ne se comprend guère qu'autant qu'elle est en effet *omnium bonorum*, c'est-à-dire qu'autant qu'elle s'applique à un ensemble de biens, à une universalité (Pothier, *du Mandat*, chap. v, art. 2, § 2).

L'universalité est, en effet, un être de raison, distinct des biens qui la composent; les aliénations à titre particulier ne l'entament point, ne l'*aliènent* point elle-même, si je puis dire ainsi, et ne l'empêchent pas de demeurer intacte et entière! Au contraire, tout objet certain a son individualité spéciale; l'aliéner, ce n'est pas l'administrer! c'est le perdre! et voilà bien pourquoi l'universalité elle-même ne peut pas être aliénée par l'héritier apparent (*supra*, n° 253). C'est déjà beaucoup étendre peut-être le droit d'administration d'une hérédité entière, que d'y comprendre les actes d'aliénation; mais il me semble que cette extension est impossible, en ce qui concerne celui, quel qu'il soit, héritier légitime ou légataire universel, qui recueille un immeuble déterminé, à défaut du légataire particulier absent. Il n'est pas exact de dire que cet immeuble fait partie de l'universalité comme les autres biens; car il n'y demeure qu'avec la condition dont il est affecté; et il n'entre dès lors dans l'administration de l'héritier qu'avec cette condition même. Ajoutez que l'une des causes les plus nécessaires d'aliénation.... *æris alieni exsolvendi gratia*, est étrangère au légataire particulier, qui n'est pas tenu de contribuer aux dettes (art. 871, 1024).

Aussi, dût-on m'accuser, à mon tour, de contradiction, je confesse que je n'aperçois pas de moyen juridique pour garantir, dans ce cas, les tiers acquéreurs d'une action en revendication, tant que la prescription ne leur sera pas acquise.

Il n'en serait autrement qu'autant que le legs particulier aurait lui-même pour objet une universalité, comme par exemple une hérédité échue au testateur; dans ce cas, les principes sur l'héritier apparent pourraient être effectivement applicables. (Comp. Merlin, *Rép.*, t. VI, v° *Légataire*, § 5, p. 777; Toullier, t. VII, p. 44, 45; Troplong, *de la Vente*, t. II, n° 960, p. 564.)

255. — J'ai eu soin plusieurs fois de dire (*supra*,

n° 232, 250), que j'examinerais d'abord uniquement l'hypothèse où, en cas d'absence soit de l'héritier, soit du légataire véritable, une autre personne appelée après lui, par la loi ou par le testament, aurait pris possession de l'hérédité. Et c'est dans cette hypothèse, qui est celle en effet de notre titre même, que je me suis jusqu'à présent renfermé.

Mais il faut maintenant rechercher si les mêmes principes sont applicables dans le cas où le propriétaire véritable, héritier ou légataire, n'était point absent, lorsqu'un autre a appréhendé l'hérédité.

Ces deux hypothèses, quoique très-distinctes, selon moi, présentent pourtant la même situation, soulèvent les mêmes difficultés; et il n'est pas dès lors possible de traiter l'une, sans s'occuper aussi de l'autre.

La question peut s'élever ici dans trois circonstances principales :

1° Un individu non parent du défunt s'est mis en possession de l'hérédité.

2° Un parent du défunt a recueilli la succession, dans l'ignorance où il était de l'existence d'un parent plus proche, ou bien parce que ce parent plus proche, même connu, demeurait dans l'inaction et le silence; c'est un cousin, qui ne savait pas que le défunt avait un oncle, ou qui, l'oncle n'agissant pas, s'est mis lui-même en possession de l'hérédité.

3° Enfin, un héritier légitime a possédé l'hérédité, soit dans l'ignorance d'un testament qui instituait un légataire universel, soit par suite de l'inaction de ce légataire; ou *vice versa*, un légataire ou un donataire de biens à venir a été mis en possession de l'hérédité en vertu d'un testament ou d'une institution contractuelle, dont la révocation ou la nullité ont été ensuite prononcées.

Examinons ces trois hypothèses :

256. — 1° Un individu non parent du défunt, un

étranger, un intrus! s'est emparé de la succession; et vous demandez si les aliénations par lui faites sont valables?

Eh! d'où lui viendrait donc son pouvoir! Il n'avait aucun droit à l'hérédité, aucun titre pour la posséder; les tiers, à cet égard, n'ont pas pu être trompés; leur bonne foi, qui serait d'ailleurs, à elle seule, insuffisante, ne saurait même être invoquée dans ce cas. Enfin, il y aurait les plus grands dangers à légitimer de telles usurpations par des gens qui dissiperaient les valeurs héréditaires, avant même souvent que l'héritier véritable pût être averti de sa vocation (comp. Colmar, 18 janv. 1850, Domaine de l'État, Dev., 1851, II, 533).

Notons pourtant ces deux remarques :

D'une part, ce possesseur, même sans aucun titre, de l'hérédité, aura eu néanmoins mandat suffisant pour faire les actes d'administration, dans le sens restreint de ce mot, les actes véritablement nécessaires, et à l'égard desquels les tiers ne sont pas en faute de n'avoir point approfondi son titre et sa qualité (arg. de l'article 2009; *supra*, pour les baux, n° 237; Merlin, *Quest. de droit*, t. III, v° *Héritier*, § 3, p. 344; Toullier, t. VII, n° 30; Zachariæ, t. IV, p. 308);

D'autre part, il faudra prendre en considération la conduite tenue par l'héritier véritable; et s'il arrivait qu'il eût connu l'usurpation, qu'il l'eût tolérée, on pourrait trouver, dans ces circonstances, un moyen de plus pour le maintien des actes d'administration, et même, suivant la gravité du fait, un moyen pour valider les actes mêmes de disposition et d'aliénation; on verrait, dans cette tolérance, un mandat, à la vérité tacite (art. 1985), mais néanmoins exprès (art. 1988); et les tiers invoqueraient encore l'article 1382, dont les termes si vastes pourraient même autoriser les juges à déclarer non recevable la revendication elle-même. (L. 63, ff. *de*

Re jud.; comp. Cass., 25 avril 1826, Saint-Haon, Sirey, 1826, I, 429.)

Il faudrait être toutefois extrêmement réservé à cet égard; il faudrait un concours de faits très-puissants et très-décisifs, parce qu'après tout, les tiers eux-mêmes sont en faute.

257. — 2° Cette fois, c'est un parent plus éloigné du défunt qui s'est mis en possession de l'hérédité, soit parce qu'il ignorait l'existence d'un autre parent plus proche, soit parce que celui-ci restait dans l'inaction et le silence.

Le parent le plus proche se découvre; — ou bien il se ravise; — peut-il évincer les tiers acquéreurs?

C'est sur cette hypothèse principalement que s'est agitée cette difficile et célèbre question; et on verra même que presque tous les arrêts, que j'ai précédemment cités, s'y appliquent.

Le système de la nullité me paraît ici, je dois le dire, le plus logique, le plus véritablement juridique : 1° la vente de la chose d'autrui est nulle, malgré la bonne foi et l'erreur même invincible de l'acquéreur (art. 1599, 2182, 549, 2265; *supra*, n° 344).

A cet argument-là je n'ai rien à répondre!

Pourquoi ai-je maintenu la vente faite par le parent le plus éloigné, appelé en cas d'absence de l'héritier le plus proche? précisément parce qu'il était héritier lui-même, et qu'il est raisonnable de penser alors que la loi, dans la prévoyance de la résolution de son titre, lui a donné le mandat nécessaire pour la pleine et entière administration de l'hérédité; or, ce motif essentiel manque ici; donc, le principe de l'article 1599 triomphe.

2° Ajoutez les dangers déjà signalés de la doctrine contraire, qui livrerait les successions au premier occupant parmi les parents du défunt, et serait dès lors un véritable attentat au droit absolu et exclusif du véritable héritier *saisi* (art. 724); dangers assurément beaucoup

moindres, en cas d'absence, surtout après le jugement de déclaration.

Mais les tiers sont de bonne foi! Un acte de notoriété avait déclaré ce parent du défunt le plus proche et habile à succéder! l'erreur était invincible!!

D'abord, cet acte de notoriété a été dressé à la requête de ce parent lui-même, sans contradicteur; et puis enfin, reste toujours cette raison décisive que la bonne foi des tiers ne suffit pas pour les rendre immédiatement propriétaires.

J'ai déjà indiqué l'un des motifs principaux par lesquels la Cour de cassation maintient, dans ce cas, les aliénations :

« Attendu qu'une succession, aussitôt son ouverture, « est dévolue par les articles 755 et 767 aux parents du « défunt jusqu'au douzième degré inclusivement, à leur « défaut, aux enfants naturels, et, à défaut de ceux-ci, « au conjoint survivant; qu'elle ne tombe en déshérence « et qu'elle n'est pourvue d'un curateur que lorsqu'au- « cun des appelés ne répond à la vocation de la loi;

« Attendu que, malgré la dévolution faite par les arti- « cles 755 et 767, il n'y a point d'héritier nécessaire; « aussi l'article 755 déclare que nul n'est tenu d'accep- « ter une succession qui lui est échue; qu'il résulte « virtuellement de cet article que le degré de parenté ne « suffit pas pour faire reposer sur la tête du parent le « plus proche la pleine et actuelle propriété des biens « héréditaires; que c'est l'acceptation qui l'investit réel- « lement de tous les droits et le soumet à toutes les « charges de l'hérédité, et qui le constitue le véritable « représentant du défunt;

« Attendu que l'article 724, relatif à la saisine de « droit des héritiers légitimes, et l'article 777, qui fait « remonter leur acceptation au jour de l'ouverture de « la succession, posent des règles générales, sans égard « au degré plus ou moins rapproché des successibles,

« et que ces règles s'appliquent, quant aux tiers, au « parent qui se présente le premier, et empêche, par « son acceptation, que la succession ne soit déclarée va- « cante. » (16 janv. 1843, de Rastignac, Dev., 1843, I, 97.)

Si cette théorie, que la Cour de Paris avait déjà adoptée dans un arrêt du 1er mai 1830 (Hervé, D., 1830, I, 217), arrêt cassé par d'autres motifs (Cass., 26 août 1833, Hervé, D., 1833, I, 307); si, dis-je, cette théorie, consacrée aujourd'hui par la Cour suprême, était effectivement exacte, nous pourrions y trouver encore un mandat, que la loi elle-même aurait conféré au parent plus éloigné, d'administrer *cum libera* la succession par lui appréhendée, à défaut du parent le plus proche.

Mais, je dois le dire, malgré l'autorité si considérable de MM. Aubry et Rau, qui l'enseignent (t. V, p. 188 et suiv.), cette doctrine me paraît, de tous points, contraire aux véritables principes sur la dévolution légale des successions *ab intestat*.

C'est parmi les parents du défunt jusqu'au douzième degré, et, à leur défaut, parmi les successeurs irréguliers, que la loi choisit les héritiers (art. 755, 767). Mais elle ne les appelle pas tous ensemble vaguement et en même temps. Elle a établi *un ordre de succéder* (art. 731); et celui-là seul est l'héritier qui, d'après cet ordre, est appelé à la succession.

« Les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des « biens, droits et actions du défunt, » dit l'article 724, qui consacre ainsi l'énergique et brève maxime de notre ancien Droit : le mort saisit le vif, *son hoir le plus proche* (art. 318 de la coutume de Paris; art. 301 de la coutume d'Orléans).

Cette investiture légale ne plane donc pas, errante et indécise, sur toute la famille du défunt. Rien, au contraire, de plus vif, de plus net, de plus arrêté que la saisine héréditaire! elle s'attache à l'héritier appelé par la loi, à lui-même, à lui seul, à lui quelque part qu'il se

trouve et à son insu même! elle ne lui offre pas seulement l'hérédité; elle l'en rend instantanément et *de plano* propriétaire et possesseur (art. 711, 724). Elle ne l'invite pas seulement à y entrer (*adire*); elle fait bien plus! elle l'y transporte! elle le place au milieu même de la succession, en lui laissant toutefois la faculté d'en sortir par la renonciation.

Voilà en quel sens uniquement il faut entendre la disposition de l'article 775, qui porte que « nul n'est tenu « d'accepter une succession qui lui est échue, » en ce sens que l'héritier saisi peut renoncer sans doute, mais qu'il est nécessaire qu'il renonce pour ne pas demeurer ce que la loi l'a fait, c'est-à-dire héritier! pour ne pas rester où la loi l'a mis, c'est-à-dire au milieu de la succession! (Art. 724, 785.)

L'acceptation n'est pas nécessaire à l'héritier lui-même; elle n'ajoute rien à sa qualité ni à son titre; elle n'est contre lui-même que la déchéance de la faculté de renoncer; et c'est par ces principes que je me réserve d'interpréter plus tard l'article 789.

Aussi, dès le lendemain de l'ouverture de la succession, les créanciers héréditaires peuvent-ils poursuivre l'héritier saisi et le faire condamner comme tel, s'il n'oppose pas l'exception dilatoire des trois mois et quarante jours, qui lui sont accordés pour faire inventaire et pour délibérer (art. 797-800, Code Napoléon; 174, Code de procéd.).

Nous n'avons pas, dites-vous, *d'héritiers nécessaires!*

Non! mais on pourrait dire avec vérité, si vous voulez une comparaison de notre droit à cet égard avec le droit romain, que nos héritiers *saisis* sont les héritiers *siens* de Rome, avec le bénéfice d'abstention (*Inst.* lib. II, tit. XIX, § 2).

Un frère, un cousin du défunt n'est donc pas héritier, il n'a donc aucun titre, aucune vocation héréditaire, quand le défunt laisse un enfant (art. 724, 731, 745; comp. notre *Traité des Successions*, t. I, nos 148 et 152).

Tels me paraissent être les vrais principes, anciens et nouveaux.

Je dois avouer pourtant qu'on lit dans le nouveau Denizart, au mot *Héritier*, § 2, n° 16 : « que la loi reconnaît pour habiles à succéder au défunt tous ses parents : d'abord les plus proches, et à leur défaut les plus éloignés; et que de là il résulte que, tant que les plus proches à succéder ne se présentent pas, on ne peut contester la succession aux parents plus éloignés, qui sont saisis à l'égard des tiers. »

Il faut ajouter aussi que Blondeau professe également cette doctrine, même sous l'empire du Code Napoléon. (*Traité de la Séparation des patrimoines*, p. 652 et suiv.)

Mais Pothier enseigne, dans l'ancien droit, la théorie contraire, avec une conviction dont on retrouve, partout dans ses œuvres, les témoignages. (*Des Successions*, chap. III, sect. II; sect. III, art. 1, §§ 1 et 3.)

« Le parent d'un degré plus éloigné, dit-il, ne peut pas accepter une succession, tant qu'il ignore que ceux d'un degré plus proche y ont renoncé. » (*Voy.* aussi *Introd. au tit.* XVII *de la cout. d'Orléans*, n[os] 11 et 43.)

Et parmi les jurisconsultes modernes, sans excepter même les partisans de la validité des ventes faites par l'héritier apparent, la doctrine des arrêts de la Cour suprême du 16 janvier 1843 a excité une sorte de protestation. (Championnière, *Revue de législation* de M. Wolowski, t. XVII, p. 238-240; Devilleneuve 1843, I, 97; Duranton, t. I, p. 524-525.)

Il faut donc renoncer à trouver dans cette prétendue saisine légale le mandat en vertu duquel l'héritier le plus éloigné aurait pu consentir les aliénations. (Comp. *Revue pratique de Droit français*, 1862, t. XIV, p. 382, article de M. Jozon.)

Que faire donc? les déclarer nulles? Telle serait, je le répète, dans ce cas, la solution la plus juridique, la plus pure théoriquement.

Mais enfin, puisque l'opinion contraire paraît devoir triompher (*supra*, n° 249), il importe du moins de l'établir sur une base rationnelle.

Eh bien donc, ce mandat, il me semble qu'on pourrait le découvrir dans deux causes :

1° Dans le fait même de la possession publique et notoire de l'hérédité, fait qui entraîne certainement, à l'égard des tiers, un pouvoir d'administration, pouvoir qu'on étendrait ici à raison du caractère d'universalité de l'objet possédé et des circonstances de la possession ;

2° Jusqu'à un certain point, dans le droit qui appartient aux parents plus éloignés, non pas de se présenter aux tiers comme saisis ! comme héritiers ! mais du moins d'administrer une succession, qui, si l'héritier plus proche ne la recueille pas, sera réputée, par l'effet d'une sorte de condition rétroactive, leur avoir toujours appartenu (art. 777, 785, 1179-1180). N'est-il pas juste et raisonnable, en effet, que l'héritier plus éloigné, qui n'a pas le moyen de forcer l'héritier plus proche à prendre parti entre l'acceptation et la renonciation, puisse du moins conserver et administrer les biens héréditaires auxquels il est éventuellement appelé?

« En s'abstenant d'une succession, » dit Houard (*Dictionnaire du droit normand*, v° *Héritier*), « l'héritier que la loi en saisit, n'y renonce pas ; mais il donne lieu à celui qui, après lui, est en droit de succéder, de l'administrer. » (*Voy.* aussi Colmar, 28 février 1814, Hertelmeyer, Sirey, 1815, II, 274; Cass., 12 décembre 1826, Morice, Sirey, 1827, I, 277; Toullier, t. IV, n° 345; Proudhon, *de l'Usufruit*, t. II, n° 678; Zachariæ, t. IV, p. 242.)

Eh bien oui, il y a là un mandat, ou mieux encore peut-être, une gestion d'affaires nécessaire, et, en quelque sorte, imposée à l'héritier, qui possède la succession. (Arg. des art. 1372 et suiv.)

C'est donc dans ce droit d'administration, dans ce quasi-contrat de gestion d'affaires, qu'on pourrait trouver le pouvoir en vertu duquel l'aliénation serait, même dans ce cas, valablement faite; et comme ce mandat résulterait ici de la nécessité même des circonstances, on aurait aussi, suivant les diverses circonstances, à en déterminer diversement l'étendue, eu égard à l'état des biens, à la bonne foi des tiers (arg. des articles 1240, 2009), eu égard surtout à la cause par suite de laquelle le parent le plus éloigné aurait pris possession de l'hérédité. (Arg. de l'art. 1374.)

Supposez, en effet, que l'existence du parent plus proche était inconnue. C'est un cousin qui a été considéré comme le véritable héritier; on ignorait même que le défunt eût un oncle! dans ce cas, on pourra, avec quelque vérité, argumenter l'article 136 et dire que si, dans le cas même où on est averti qu'un parent plus proche peut exister, puisque son décès n'est pas prouvé, l'héritier plus éloigné est constitué son mandataire *cum libera, a fortiori* doit-il en être ainsi, lorsqu'on ne soupçonnait même pas la possibilité de l'existence d'un héritier préférable.

Il faudra, au contraire, se montrer plus difficile et plus sévère, lorsque, l'héritier plus proche étant connu, c'est seulement par suite de son inaction et de son silence que le parent plus éloigné aura pris en main l'administration. Le meilleur moyen, dans ce cas, pour maintenir les acquisitions, sera de trouver dans ce silence même et dans cette tolérance du véritable héritier, le principe du mandat par suite duquel le parent plus éloigné aurait eu la pleine et libre administration de l'hérédité (art. 1382, 1383; ff. L. 63, *de Re jud.*; n° 256).

258. — 3° Reste enfin la troisième hypothèse :

Un héritier légitime a possédé l'hérédité, soit dans l'ignorance d'un testament qui instituait un légataire universel, soit par suite de l'inaction de ce légataire ; ou *vice versa*, un légataire universel ou un donataire de biens à

venir a été mis en possession de l'hérédité, en vertu d'un testament et d'une institution contractuelle, dont la révocation ou la nullité ont été ensuite prononcées.

A. — Dans le premier cas, on ne voit pas pourquoi le légataire universel ou le donataire de biens à venir, qui exerce la pétition d'hérédité contre l'héritier légitime serait soumis à d'autres règles et traité plus favorablement que l'héritier légitime lui-même, dont la place aurait été occupée par un parent non successible (*supra*, n° 257).

L'héritier légitime avait, dans la loi même, un titre qui, du moins en apparence, autorisait de sa part la pleine et libre administration de l'hérédité, et qui peut légitimer le maintien, dans l'intérêt des tiers, de ce pouvoir, dont ils ignoraient la révocation, ou si vous voulez, la destruction (art. 1240, 2009). Cela serait vrai surtout de l'héritier réservataire, qu'un legs universel n'empêche pas d'être saisi de toute la succession (art. 1006).

B. — Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque le possesseur de l'hérédité l'a appréhendée en vertu d'un titre émané de la volonté de l'homme qui se trouvait frappé de nullité ou de révocation, MM. Aubry et Rau pensent « qu'on ne saurait lui reconnaître la qualité d'héritier « apparent, dans le véritable sens du mot, ni maintenir « les aliénations immobilières qu'il aurait consenties. « La raison en est que, d'une part, on ne peut étendre « les dispositions de l'article 132, dans lequel il est « question d'un titre fondé sur la loi elle-même, à l'hy- « pothèse où il s'agit d'un titre émané de la volonté de « l'homme ; que, d'autre part, on ne voit presque ja- « mais réunies, dans cette dernière hypothèse, les deux « conditions dont le concours seul fait fléchir la règle, « *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse* « *habet*, savoir : l'erreur invincible du tiers acquéreur, « et la négligence du véritable héritier. Il est, en effet, presque toujours possible de contrôler le mérite d'un

« titre émané de la volonté de l'homme; et dans la « supposition contraire, ce contrôle sera, pour la plu- « part du temps, aussi impraticable au véritable héritier « qu'au tiers acquéreur. » (Sur Zachariæ, t. IV, p. 309-312, note 31.)

Le premier motif me touche faiblement; d'abord, parce que je n'attache pas à l'article 132, dans la question qui nous occupe, une importance aussi décisive que MM. Aubry et Rau (*supra*, n° 233); et puis, parce qu'en raison et en droit, un titre émané de la volonté de l'homme me semble aussi légitime qu'un titre fondé sur la loi même, lorsque d'ailleurs il réunit au fond et en la forme, toutes les conditions de validité requises par la loi.

J'apprécie plutôt le second motif; et je comprends très-bien aussi que pour décider si, en effet, le légataire universel ou le donataire de biens à venir évincé doit être réputé avoir été le mandataire *cum libera* de l'héritier légitime, on devra prendre en grande considération la double circonstance :

1° Que les tiers ont pu connaître les vices de son titre (Cass., 26 juillet 1826, Dépinay de Saint-Luc, Sirey, 1827, I, 100; Orléans, 8 juin 1827, Dépinay de Saint-Luc, Sirey, 1828, II, 52; Bordeaux, 28 juin 1834, de La Roche-Aymond, Dev., 1834, II, 527) ;

2° Que le véritable héritier n'aurait pas pu lui-même, plus que les tiers, connaître ses droits personnels, dans le cas, par exemple, d'un acte de révocation, non encore découvert, d'un legs universel déjà exécuté.

Mais faut-il en conclure d'une manière théorique et absolue, que la situation ne pourra jamais être telle qu'on puisse appliquer au légataire universel ou au donataire de biens à venir, le principe qui valide les aliénations immobilières consenties par l'héritier apparent ? c'est ce que je ne crois pas. Ce principe lui-même est très-contestable, oh ! j'en conviens; mais enfin si on l'admet, il

faut en accepter les applications logiques et les conséquences raisonnables. Or, le maintien des ventes faites par l'héritier apparent est fondé sur le mandat qu'il a eu, qu'il est légalement réputé avoir eu d'administrer, *cum libera,* la succession ; et il est certain que le légataire universel ou le donataire de biens à venir a pu se trouver, relativement à l'hérédité, dans la même position qu'un héritier apparent.

Supposez, par exemple, que l'un des héritiers légitimes, dépouillé par le testament, ait succombé dans son attaque ; que le titre du légataire ait été maintenu par un arrêt passé en force de chose jugée ; et que ce même testament, plusieurs années seulement après, soit déclaré nul sur la demande des autres héritiers (art. 1351).

Si vous validez les ventes faites par l'héritier apparent, ne faut-il pas, pour être conséquent, valider celles que ce légataire universel aurait faites, ant qu'il administrait l'hérédité, en vertu d'un testament qu'un arrêt souverain avait déclaré inattaquable ? (Comp. Montpellier, 11 janv. 1830, Gavalda, Dev., 1833, I, 454 ; Toulouse, 5 mars 1833, Despouy, Dev. 1833, II, 516 ; Cass., 16 janv. 1843, de Rastignac, Dev., 1843, I, 97 ; *voy.* pourtant Cass., 14 août 1840, de Laqueuille, Dev., 1830, I, 753 ; Besançon, 18 juin 1864, Cuisenier, Dev., 1865, II, 102 ; Daniel de Folleville, *Revue pratique de Droit français,* 1873, t. XXXV, p. 266 et suiv.)

SECONDE PARTIE.

DU MARIAGE DE L'ABSENT. — DE L'ÉTAT DE SON CONJOINT. — DE SES CONVENTIONS MATRIMONIALES. — DE SES ENFANTS.

SOMMAIRE.

259. — Division. — 1° Du mariage de l'absent et de l'état du conjoint présent. — 2° De ses conventions matrimoniales. — 3° De ses enfants.

SECTION I.

DU MARIAGE DE L'ABSENT ET DE L'ÉTAT DU CONJOINT PRÉSENT.

260. — L'absence de l'un des époux n'est jamais une cause de dissolution du mariage ; et l'époux présent ne peut, à aucune époque, se remarier.

261. — Si l'époux présent s'est néanmoins remarié, le nouveau mariage ne peut être attaqué par personne, tant que dure l'absence.

262. — Les nouveaux époux ne pourraient-ils pas du moins obtenir respectivement la permission de vivre séparés ?

263. — Mais ne doit-on pas rentrer dans le droit commun, lorsque l'absence a cessé? — Le mariage alors peut être attaqué par l'absent lui-même ou par son fondé de pouvoir. — Faut-il que la procuration soit spéciale ?

264. — Dans la même hypothèse où l'existence de l'absent est prouvée, le nouveau mariage peut-il être attaqué par les nouveaux époux ? — par le ministère public ? — par toutes les autres parties intéressées ?

265. — L'article 139 n'est-il applicable qu'autant que le nouveau mariage du conjoint présent a eu lieu après la déclaration d'absence de l'époux qui a disparu ?

266. — La femme dont le mari est absent, a-t-elle besoin de l'autorisation de la justice dans les différents cas où la femme mariée est soumise à la nécessité de l'autorisation maritale ?

267. — *Quid*, si la femme a néanmoins contracté sans autorisation ?

268. — L'enfant né de la femme d'un absent, plus de trois cents jours après les dernières nouvelles de son mari, est-il légitime ? — Peut-il demander l'envoi en possession des biens de l'absent ?

SECTION II.

DES CONVENTIONS MATRIMONIALES DE L'ABSENT.

269. — Les principes relatifs aux droits éventuels qui peuvent compéter à l'absent, ne reçoivent aucune modification par suite de ses conventions matrimoniales. — Il ne s'agit, dans cette section, que des biens qui lui appartenaient lors de sa disparition.

270. — Esquisse des quatre principaux régimes matrimoniaux. — De leur influence dans chacune des trois périodes de l'absence :

Première période. — Présomption d'absence.

271. — On ne touche pas encore au contrat de mariage ; — quel qu'il soit, il subsiste. — L'époux présent peut-il, aux termes de l'article 112, provoquer des mesures conservatoires ?

Seconde période. — Déclaration d'absence.

272. — Il n'y a que l'époux commun en biens qui puisse, en optant pour la continuation provisoire de la communauté, empêcher l'exercice provisoire des droits subordonnés au décès de l'absent. — Réflexions critiques à cet égard.

273. — Suite.

274. — L'époux présent pourrait-il demander un secours, une pension alimentaire aux héritiers envoyés en possession des biens de son conjoint ?

275. — Était-il juste de subordonner au choix de l'époux présent entre la continuation et la dissolution provisoire de la communauté, l'exercice provisoire des droits qui appartiennent aux tiers, sous la condition du décès de l'absent ?

276. — L'article 124 s'applique-t-il à la communauté d'acquêts ? et en général, à la communauté conventionnelle ?

277. — L'époux présent, optant pour la continuation de la communauté, prendra-t-il l'administration des biens, dont l'époux absent s'était réservé l'administration et la jouissance ?

278. — Des effets de l'article 124, soit dans le cas où l'époux présent opte pour la continuation de la communauté, soit dans le cas où il opte pour la dissolution :

Première hypothèse. — Option pour la continuation provisoire de la communauté.

279. — 1° Quels sont les effets de cette continuation de la communauté ? — 2° Combien de temps dure-t-elle, et comment peut-elle cesser ? — 3° Quels sont les effets de sa dissolution ?

N° 1. — *Quels sont les effets de la continuation de la communauté ?*

280. — La loi exige-t-elle des garanties de restitution de l'époux présent ? Limite-t-elle ses pouvoirs ? — Le dispense-t-elle de la restitution des fruits en tout ou en partie ?

281. — A. L'époux présent doit-il faire procéder à l'inventaire et à la vente du mobilier? à la visite des immeubles?
282. — Les héritiers présomptifs de l'absent doivent-ils être appelés à l'inventaire?
283. — L'époux présent doit-il fournir caution?
284. — B. Quels sont les pouvoirs de l'époux présent? — Des actes d'administration.
285. — Des actes d'aliénation.
286. — C. Comment et dans quels cas l'époux présent a-t-il droit aux fruits?
287. — Suite.
288. — Suite.

N° 2. — *Combien de temps dure la continuation de la communauté, et comment peut-elle cesser?*

289. — La continuation de la communauté ne peut durer que jusqu'à l'époque de l'envoi définitif.
290. — L'époux présent pourrait-il, sans attendre l'époque de l'envoi définitif, rétracter son option pour la continuation de la communauté, et en demander lui-même la dissolution provisoire?
291. — De quelles manières encore la continuation de la communauté peut-elle cesser?
292. — *Quid*, si l'époux présent tombe en faillite ou en déconfiture?... s'il met en péril les biens de la communauté, et surtout les biens sur lesquels des tiers ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent?

N° 3. — *Quels sont les effets de la dissolution de la communauté continuée?*

293. — La communauté sera-t-elle réputée dissoute *ut ex tunc*, comme du jour des dernières nouvelles? ou au contraire la dissolution n'aura-t-elle lieu que *ut ex nunc*, à partir seulement du jour où la continuation de communauté cessera?
294. — La femme qui a opté pour la continuation de la communauté, peut ensuite renoncer à la communauté elle-même.

Deuxième hypothèse. — Option pour la dissolution provisoire de la communauté.

295. — L'époux présent exerce alors lui-même, comme tous les autres envoyés en possession provisoire et au même titre, ses droits légaux et conventionnels.
296. — L'époux présent doit-il, en conséquence, être traité, sous tous les rapports, comme un envoyé en possession ordinaire?
297. — Il doit fournir caution. — Mais doit-il faire procéder à l'inventaire et à la vente du mobilier? — à la visite des immeubles? — Doit-il faire emploi des capitaux?
298. — La caution est due pour les choses susceptibles de restitution. — Quel est le sens de ces mots?

299. — Suite.
300. — Suite.
301. — Suite.
302. — Quels sont les pouvoirs de l'époux qui a opté pour la dissolution provisoire?
303. — Comment s'applique l'article 127, en ce qui concerne la retenue des fruits, à l'égard de l'époux qui a opté pour la dissolution provisoire de la communauté ?

Troisième période. — Envoi en possession définitif.

304. — La dissolution de la communauté est alors définitive. — Conséquences.
305. — *Quid*, pourtant, si l'absent revient ensuite, ou si son décès est prouvé ?
306. — Quel sera l'effet du partage de la communauté fait antérieurement, à une époque où elle n'était pas encore dissoute?

SECTION III.

DES ENFANTS DE L'ABSENT

307. — Le chapitre IV ne s'occupe que des enfants mineurs non émancipés. — Renvoi en ce qui concerne les enfants émancipés ou majeurs.
308. — Énumération des différentes hypothèses, dans lesquelles il peut y avoir lieu de prendre des mesures dans l'intérêt des enfants mineurs de l'absent.
309. — Ces mesures doivent être examinées : — 1° Pendant la présomption d'absence. — 2° Après l'absence déclarée.

Première période. — Présomption d'absence.

310. — La loi n'a pas prévu l'hypothèse où la mère disparaît, le père étant vivant et présent. — Pourquoi?
311. — 1° Disparition du père, la mère étant vivante et présente. — Elle exerce alors tous les droits du mari, quant à l'éducation des enfants et à l'administration de leurs biens.
312. — La mère est-elle tutrice dans ce cas?
313. — La mère a-t-elle le droit de correction sur les enfants? — Comment peut-elle l'exercer?
314. — Peut-elle consentir seule au mariage des enfants?
315. — La mère pourrait-elle disposer soit des biens de la communauté, soit même des biens personnels du mari, pour l'établissement des enfants par mariage ou autrement?
316. — La mère peut-elle seule émanciper les enfants?
317. — En ce qui concerne l'administration des biens des enfants, la mère a-t-elle besoin, dans tous les cas, de l'autorisation de la justice?
318. — A-t-elle l'usufruit légal?
319. — La mère a-t-elle quelque formalité à remplir pour prendre en

main l'autorité paternelle, en cas de disparition du père? — *Quid*, si les tiers refusaient de lui reconnaître cette autorité?

320. — 2° Disparition du père, la mère étant déjà prédécédée. — Il n'y a pas lieu, pendant les premiers six mois, à l'établissement d'un pouvoir permanent. — *Quid*, si des mesures quelconques sont nécessaires ?

321. — A l'expiration des six mois, la surveillance des enfants est déférée par le conseil de famille aux ascendants les plus proches. — Pourquoi l'intervention du conseil de famille? — L'ascendant désigné par lui est-il alors tuteur?

322. — A défaut d'ascendant, le conseil de famille nomme un tuteur provisoire — Pourquoi une tutelle dans ce cas?

323. — Le conseil de famille pourrait-il déterminer les conditions de la surveillance et de l'administration par lui déférées à un ascendant?

324. — 3° Disparition du père, la mère existant encore, mais venant à décéder ensuite. — L'article 142 est alors applicable.

325. — *Quid* pourtant, si la mère qui vient à décéder, a nommé un tuteur par testament? — Même question, si le père décède après la disparition de la mère, après avoir élu un tuteur testamentaire?

326. — 4° Disparition du père ou de la mère remarié.

327. — 5° Disparition de la mère veuve et non remariée.

328. — 6° Décès du père avant ou depuis la disparition de la mère.

329. — 7° Disparition simultanée ou successive des père et mère ayant des enfants mineurs issus d'un commun mariage.

330. — *Quid*, si un tuteur autre que le père ou la mère disparaît? — Explication de l'article 424.

331. — Les articles 141-143 ne s'appliquent qu'aux enfants légitimes. — *Quid*, si le père ou la mère d'un enfant naturel reconnu disparaît?

332. — *Quid*, si le curateur d'un mineur émancipé disparaît?

333. — *Quid*, dans le cas même où l'enfant est majeur, s'il arrive qu'il ait besoin du consentement de son père ou de sa mère qui a disparu, pour le mariage?.... pour l'adoption?

Seconde période. — Déclaration d'absence.

334. — Doit-on rentrer alors dans le droit commun des tutelles?

335. — Suite.

336. — Suite.

259. — Nous allons supposer maintenant que l'absent est marié et qu'il a des enfants (*supra*, n° 12), et développer successivement les principes, qui régissent alors :

1° Son mariage et l'état de son conjoint;

2° Ses conventions matrimoniales;

3° Ses enfants.

Il sera intéressant de voir sous quels rapports les principes précédemment exposés se trouvent modifiés par la présence du conjoint de l'absent; et l'explication de cette dernière hypothèse, ainsi dégagée, en sera elle-même plus nette et plus facile.

SECTION I.

DU MARIAGE DE L'ABSENT ET DE L'ÉTAT DU CONJOINT PRÉSENT.

260. — Ce qui caractérise l'absence, c'est une incertitude plus ou moins grande, suivant sa durée, mais qui ne cesse jamais absolument, entre l'existence et le décès de l'absent;

Or, le mariage n'est dissous que par la mort naturelle de l'un des époux, par la mort prouvée, bien entendu (art. 25);

Donc, il n'est jamais dissous par l'état d'absence, qui suppose précisément que cette preuve n'est pas fournie; donc, l'époux présent ne peut contracter un nouveau mariage, si longue qu'ait été l'absence, même après la période de l'envoi définitif, même lorsque l'époux absent aurait atteint sa centième année (art. 147).

L'article du projet (liv. I, tit. IV, art. 27), qui autorisait le second mariage du conjoint présent, dans le cas où l'absent était centenaire, a été positivement repoussé (de Moly, nº 511; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 565).

Des vraisemblances, des probabilités, si puissantes qu'on les suppose, ne pouvaient pas, en effet, suffire pour opérer la rupture d'un tel lien; et quelque fâcheuse que puisse être la position de l'époux présent ainsi retenu dans une sorte de veuvage indéfini, le bon ordre, la morale publique, c'est-à-dire l'intérêt suprême de la société s'opposaient à une dissolution qui n'aurait pu être que définitive, et qui, par cela même, aurait pu devenir la source d'erreurs et de scandales déplorables, et

même entre les époux, un moyen de divorce purement volontaire (avis du cons. d'État du 12 germinal an XIII, approuvé le 17).

Aussi, ces principes ont-ils toujours été suivis (d'Aguesseau, vingt-huitième plaidoyer; Bretonnier, *Quest. de droit des Absents*, ch. I; *voy.* pourtant *supra*, n° 7).

261. — Cet empêchement n'est-il que *prohibitif*, et s'oppose-t-il seulement à la célébration d'un nouveau mariage?

Est-il au contraire *dirimant*, et de nature à entraîner la nullité du mariage même déjà célébré?

Supposez que, sur la représentation d'un faux acte de décès, par fraude ou par erreur, le conjoint de l'absent ait contracté un nouveau mariage.

L'article 139 a prévu cette hypothèse :

« L'époux absent, dont le conjoint a contracté une nouvelle union, sera seul recevable à attaquer ce mariage par lui-même, ou par son fondé de pouvoir, muni de la preuve de son existence. »

De là résulte une première conséquence incontestable et incontestée, c'est que, tant que dure l'absence, le nouveau mariage du conjoint de l'absent ne peut être attaqué par personne, ni par les nouveaux époux, ni par le ministère public, ni par d'autres, quels qu'ils soient. Sous ce rapport, l'empêchement n'est que prohibitif; la même incertitude qui empêchait d'abord la célébration à faire, protége ensuite la célébration déjà faite. Il est possible, en effet, que ce nouveau mariage soit valable; et ce doute suffit pour le maintenir; ainsi l'exige désormais l'intérêt de la société elle-même.

Ajoutez que c'est au demandeur à prouver le fondement de son action; or, nous supposons que ceux qui demandent la nullité ne prouvent pas l'existence de l'absent; donc, ils doivent être non recevables (Cass., 12 août 1828, Estanave, D., 1828, I, 378; Lyon, 3 fé-

vrier 1830, B.... C. D...., D., 1830, II, 145; Cass., 21 juin 1831, Blanc, D., 1831, I, 201).

Celui qui attaquerait le nouveau mariage, ne serait pas fondé à dire que sa preuve est faite, dès qu'il a établi que l'un des conjoints était précédemment marié; et que si les nouveaux époux prétendent que ce précédent mariage est dissous, c'est alors à eux, demandeurs dans leur exception, d'en prouver la dissolution, comme ils seraient tenus d'en prouver la nullité, s'ils l'alléguaient (art. 189); mais que lui, demandeur principal, ne peut pas prouver que le premier mariage n'existe plus, *cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit* (L. 23, Code *de Probationibus*).

Cette proposition est exacte assurément en principe général; et, par exemple, il me suffit de prouver qu'un tel a été interdit par une décision judiciaire que je représente, pour conclure à la nullité d'une donation par lui faite postérieurement, sans que je sois forcé d'établir qu'au moment même de la donation, il n'y avait pas eu mainlevée de l'interdiction.

Mais la règle se trouve précisément modifiée par l'état d'absence, par l'incertitude qu'il produit entre la vie et la mort de l'absent, et qui met, dans tous les cas, à la charge du demandeur la preuve de l'une comme de l'autre; et c'est en cela que consiste l'exception introduite par l'article 139. Ajoutez même qu'ici la célébration d'un nouveau mariage fait jusqu'à un certain point présumer la dissolution du mariage précédent. Il faudrait donc que le demandeur en nullité prouvât que le premier époux *était encore vivant*, ainsi que disait d'Aguesseau, *dans le temps du second mariage* (*voy.* les arrêts précités et encore Cass., 18 avril 1838, Desailly, Dev., 1838, I, 296; Merlin, *Rép.*, v *Preuve*, sect. I, n° 1, t. IX, p. 705).

262 — Demante ajoute toutefois « qu'il paraîtrait raisonnable que le doute qui subsiste sur l'innocence du commerce établi entre les nouveaux époux, les autorisât

respectivement à obtenir la permission de vivre séparés. » (*Encyclop.*, n° 133.)

Si les époux sont d'accord, point de difficulté; ils n'ont pas besoin, pour cela, d'un jugement.

Mais si, par exemple, la femme voulait, contre le gré du mari, quitter le domicile conjugal, sans d'ailleurs demander la nullité du mariage, je ne vois pas sur quel moyen une telle prétention pourrait être appuyée devant les tribunaux.

J'entendrais bien que, dans l'instance en nullité, elle demandât un délai pour se procurer des renseignements sur le sort de son mari absent, et que, pendant ce délai et cette instance, elle fût autorisée provisoirement par les juges à avoir une résidence séparée.

Mais une action principale, à l'effet seulement de ne point demeurer avec son nouveau mari, ne me paraîtrait pas fondée en droit. Il est vrai qu'autrefois dans ce doute, on obligeait les époux à vivre séparés (d'Aguesseau, vingt-huitième plaidoyer). Mais l'article 139 n'a pas renouvelé cette disposition, qui d'ailleurs n'était pas, même dans l'ancien droit, unanimement reconnue (Boucheul, *Cout. du Poitou*, t. I, p. 712); et je crois qu'en maintenant le mariage, l'article 139 en maintient aussi les effets (art. 214).

J'appliquerais donc à cette décision ce que Demante dit lui-même de celle de d'Aguesseau « qu'elle est moins évidente dans le for extérieur que dans le for de la conscience. » (*Encycl.*, n° 20.)

263. — Mais ne doit-on pas rentrer dans le droit commun, lorsque l'incertitude a cessé, lorsque la preuve est fournie de l'existence de l'absent au moment de la célébration du nouveau mariage de son conjoint, ou plus encore, de son existence actuelle au moment même de la demande en nullité?

Il s'en faut bien, cette fois, que les opinions soient unanimes sur le vrai sens de l'article 139 (comp. *Étude sur le second mariage contracté par le conjoint d'un absent* par

M. Prosper Schoefer, *Revue critique*, 1880, t. IX, p. 201 et suiv.)

D'après le droit commun, le mariage contracté avant la dissolution d'un précédent mariage est entaché d'une nullité absolue, proposable 1° par l'époux au préjudice duquel il a été contracté (art. 188); 2° par les nouveaux époux eux-mêmes; 3° par le ministère public; 4° enfin par tous ceux qui y ont intérêt (art. 184, 187, 190).

En est-il ainsi dans notre hypothèse?

Et d'abord, l'époux absent, au préjudice duquel le mariage a été contracté, peut, sans aucun doute, en demander la nullité. L'article 139, loin de déroger à l'article 188, le confirme en termes exprès.

Il le peut *soit par lui-même, soit par son fondé de pouvoir, muni de la preuve de son existence.*

Ce pouvoir doit-il être spécial?

On a prétendu que cette condition n'était pas nécessaire, et qu'en conséquence le mandataire général, préposé par l'absent, avant son départ, à la gestion de toutes ses affaires, avait qualité pour former la demande en nullité :

Le projet du Code Napoléon parlait, en effet, d'une procuration *spéciale* (liv. I, tit. IV, art. 28), mais ce mot ayant été retranché; il faut, dit-on, en conclure que le législateur n'a pas voulu l'exiger. Et c'est ce que prouve la rédaction actuelle de l'article, qui non-seulement ne reproduit pas les expressions du projet, mais qui exige comme une condition distincte du pouvoir lui-même, que le mandataire soit muni de la preuve de l'existence de l'absent; or, si la procuration devait être spéciale, la preuve de l'existence de l'absent résulterait nécessairement de la procuration même qu'il aurait donnée d'attaquer le mariage; et on ne comprendrait pas qu'il fût nécessaire de justifier encore, et en outre, de son existence; donc, cet article suppose qu'un pouvoir général est suffisant. (Comp. Delvincourt, t. I, p. 52, note 2; Marcadé, t. I, art. 139, n° 3.)

Je ne partage pas cet avis :

Le mandataire n'a pas d'autres pouvoirs que ceux que le mandat a eu l'intention de lui conférer ; c'est donc la volonté vraisemblable de celui-ci qu'il faut consulter pour en déterminer l'étendue (art. 1146, 1988). Or, est-il naturel de croire que, même dans une procuration générale de gérer toutes affaires, et, si vous voulez, d'exercer toutes ses actions, le mandant ait entendu comprendre une action aussi grave, aussi imprévue toujours, que celle d'une demande en nullité de mariage que son conjoint pourrait contracter? non certes ; et dès lors, il n'est pas non plus vraisemblable que l'article 139 lui ait supposé cette intention, d'autant plus que le pouvoir laissé par l'absent, cessant par la déclaration d'absence (art. 121, 122), le législateur aurait ainsi prévu le cas assurément le plus rare, c'est-à-dire celui où le second mariage serait célébré pendant la présomption d'absence.

Mais alors, dit-on, il était inutile d'exiger en outre la preuve de l'existence!

Je réponds qu'il y a telle procuration qui ne suffirait pas elle-même à l'effet de prouver l'existence de l'absent, mais qui, l'existence une fois prouvée, suffira pour prouver le mandat. Ainsi, un pouvoir sous seing privé suffirait pour donner le droit d'attaquer le mariage (art. 1985); mais il ne suffirait pas pour prouver seul l'existence, dont la preuve doit, en effet, résulter d'un certificat de vie, délivré par un officier public. Et c'est là même ce qui pourrait expliquer pourquoi la loi a parlé ici de la procuration ; car la règle générale étant qu'on peut agir par soi-même ou par un fondé de pouvoir, il semble qu'il était inutile de la rappeler ici plus qu'autre part. Aussi, plusieurs ont-ils pensé que cette partie de notre article ne pouvait pas s'expliquer d'une manière vraiment utile et satisfaisante (Malleville, t. I, p. 158; Valette sur Proudhon, t. I, p. 304; et *Explicat. somm. du liv. I du Code Napoléon*, p. 74, 75).

Ce qui me paraît très-vraisemblable, c'est qu'on a

voulu, par-dessus toutes choses et dans tous les cas, que l'existence de l'absent fût authentiquement démontrée : je veux dire son existence *actuelle*, au moment où le mariage contracté par le conjoint présent est attaqué (Toullier, t. I, n° 484, et Duvergier sur Toullier, t. I, n° 485, note *a*; Duranton, t. I, n° 524, note 1; Zachariæ, t. I, p. 315; Demante, *Encycl.*, n°s 136-139; et *Cours analyt.*, t. I, n° 177 *bis*, X).

264. — Voilà pour l'absent lui-même.

Mais les nouveaux époux? mais le procureur impérial? mais tous les autres intéressés, peuvent-ils aussi demander la nullité du nouveau mariage?

Il s'est formé, à cet égard, trois systèmes :

Le premier refuse l'action à tout autre qu'à l'absent lui-même : l'article 139 suppose que l'absence a cessé, que l'absent lui-même est là, de retour.

Eh bien! dans cette hypothèse même, qui est la nôtre, que dit le texte? qu'on va rentrer dans le droit commun? que la nullité va redevenir absolue et proposable par tous les intéressés? — Bien au contraire! il déclare que l'époux absent *sera* SEUL *recevable.... par lui-même, ou par son fondé de pouvoir*.

La loi est donc claire et formelle (Merlin, *Répert.*, v° *Absence*, art. 139; Toullier, t. I, n°s 485, 528, 529; Duvergier sur Toullier, t. I, n° 485, note *a*; Zachariæ, t. I, p. 316; Vazeille, *du Mariage*, t. I, n° 225).

Le second système proposé par Demante (*Encyclop. du droit*, n°s 123-134, et *Cours analyt.*, t. I, n° 177 *bis*, II à VII), fait une distinction : il accorde l'action en nullité aux nouveaux époux et au procureur impérial, tant que l'absent existe; il la refuse toujours aux autres intéressés, c'est-à-dire aux collatéraux et aux enfants de l'un des époux nés d'un autre mariage. Deux ordres de considérations étaient ici en présence : d'une part, le conjoint de l'absent peut être, à certains égards, excusable d'avoir contracté un nouveau mariage. Ce n'est point là,

comme dit Toullier, *de la bigamie pure!* on croyait l'absent décédé, c'était l'opinion commune; la loi elle-même ouvrait provisoirement sa succession, etc. Autant de motifs d'indulgence! Mais d'un autre côté pourtant, le retour de l'absent pendant l'existence du nouveau mariage produit une situation véritablement impossible! Une femme avec deux maris! un mari avec deux femmes! Remarquez, en effet, que le mariage de l'absent n'est pas dissous, et qu'il ne pourrait pas, lui! contracter un autre mariage (Toullier, t. I, n° 529). Et par conséquent, si le nouveau mariage subsiste également, il en résulte un intolérable scandale. Un homme ayant en même temps des enfants légitimes de deux femmes différentes! ou une femme avec deux maris, qui pourraient, à un égal titre, revendiquer la paternité de ses enfants! Il était donc impossible de forcer soit les nouveaux époux de vivre dans ce flagrant adultère, soit le procureur impérial de le tolérer. Voilà les motifs pour lesquels le mariage pourra être attaqué par d'autres que par l'absent lui-même. Aussi, dès que ces motifs n'existeront pas, la faveur des circonstances reprendra son empire.

En conséquence, le nouveau mariage ne pourra être attaqué ni par les nouveaux époux, ni par le procureur impérial, après la mort de l'absent, qui met fin à tout adultère et à tout scandale, ni, en aucun cas, par les collatéraux et autres, qui n'agissent que dans un intérêt purement pécuniaire. Ce sont ces derniers surtout qu'on a voulu écarter par l'article 139.

La loi divise effectivement en plusieurs classes les personnes qui peuvent demander la nullité d'un mariage : les nouveaux époux, tous ceux qui y ont intérêt, et enfin le ministère public (art. 184). C'est dans la classe des intéressés en général, qu'il faut ranger l'époux au préjudice duquel le nouveau mariage a été contracté (comp. art. 187, 188); et quand l'article 139 déclare que seul il sera recevable dans le cas d'absence, cela signifie *seul*

parmi les personnes de la classe à laquelle il appartient! *seul* parmi les parties *intéressées!*

Mais la loi n'a pas même songé aux nouveaux époux ni au ministère public, parce que sa préoccupation, exprimée par les discours des orateurs du gouvernement, était seulement d'écarter l'action en nullité qui, pour des intérêts pécuniaires et sans aucun motif d'ordre public, viendrait troubler une union qu'il importe à la société elle-même aussi bien qu'aux époux et à leurs enfants, d'amnistier, s'il est permis de s'exprimer ainsi! « La dignité du mariage, » disait M. Bigot Préameneu (dans l'exposé des motifs), « ne permet pas de le compromettre pour l'interêt pécuniaire des collatéraux. » (Comp. aussi Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 566, 567, qui, en adoptant la doctrine de Demante, s'en séparent toutefois sur un point capital, en enseignant que lorsque l'absent aura reparu, son mariage pourra être attaqué, même après son décès, par tous les intéressés.)

Ce système est ingénieux et favorable; et je n'hésiterais pas à le suivre de préférence au premier, dont les partisans ne paraissent pas avoir aperçu les inadmissibles résultats, puisqu'ils gardent à cet égard le silence. Mais pourtant je ne crois pas non plus que cette seconde opinion soit conforme au véritable sens de l'article 139. Si en effet vous concédez que, même après la cessation de l'absence, le droit commun de l'article 184 ne reprend pas son empire, il me paraît très-difficile de lutter contre le texte de l'article 139, qui, sans aucune distinction entre les différentes classes de personnes qui pourraient demander la nullité, déclare de la manière la plus absolue que l'absent est *seul* recevable. Je ne vois donc qu'un moyen d'arracher au premier système son redoutable argument de texte, c'est de déclarer nettement qu'en effet l'absent est seul recevable dans l'hypothèse prévue par l'article 139, mais que cette hypothèse est celle seulement où l'absence dure encore; et les discussions du

conseil d'État font foi qu'en effet telle a été la pensée des rédacteurs. Deux articles dans le projet réglaient d'abord notre hypothèse.

L'article 26, ainsi conçu : « L'absence de l'un des « époux, quelque longue qu'elle soit, ne suffira point « pour autoriser l'autre à contracter un nouveau ma- « riage ; il ne pourra y être admis que sur la preuve po- « sitive du décès de l'autre époux. »

Et l'article 27 continuait : « Si néanmoins il arrivait « qu'il eût été contracté un nouveau mariage, il ne pourra « être dissous *sous le seul prétexte de l'incertitude de la* « *vie ou de la mort de l'absent*, et tant que l'époux ne se « présentera pas ou ne réclamera point par un fondé de « procuration spéciale muni de la preuve positive de « l'existence de cet époux. »

Sur l'observation que, par ce dernier article, la loi semblerait elle-même autoriser le mariage du conjoint présent, le consul Cambacérès proposa de rédiger ainsi la fin de l'article 27 : *néanmoins si l'époux absent se représente, le mariage sera déclaré nul.* La proposition fut adoptée ; et M. Thibaudeau fut chargé de fondre les articles 26 et 27 dans le sens de cette rédaction ; et de là est sorti l'article 139.

Je crois donc que, dès que l'absence a cessé, toute personne intéressée peut, d'après les règles du droit commun, demander la nullité du second mariage, en prouvant que le premier existait encore au moment où le le second a été célébré. Cette opinion d'ailleurs n'est pas aussi dure qu'elle paraît l'être, puisque si les nouveaux époux étaient de bonne foi, on pourrait leur appliquer le bénéfice des articles 201 et 202, et que, dans le cas contraire, elle a sur la seconde opinion l'avantage de ne pas légitimer nécessairement une bigamie qui pourrait être très-coupable ! (Delvincourt, t. I, p. 52, note 2 ; Duranton, t. I, n° 527 ; Valette sur Proudhon, t. I, p. 302, n° 2 ; et *Explicat. somm. du liv. I du Code Napol., p. 74,*

75; de Moly, nos 513-538; de Plasman, t. I, p. 319; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 333; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 161.)

265. — L'article 139 ne doit-il recevoir d'application qu'autant que le nouveau mariage du conjoint présent a eu lieu après la déclaration d'absence de l'époux qui a disparu?

Pour l'affirmative, on invoque le texte même et de puissantes considérations d'ordre public : l'article 139 fait partie du chapitre III, qui traite *des effets de l'absence*.... déclarée. Il est vrai que telle est également la place de l'article 135, lequel pourtant s'applique même pendant la présomption d'absence. Mais aussi voyez la différence des deux rédactions! Tandis que l'article 135 emploie une périphrase substituée à dessein au mot *absent* (*supra*, n° 203), l'article 139 conserve au contraire ce mot avec sa signification spéciale. Ainsi l'exigeaient l'honneur et la sainteté du mariage, et la morale publique. Autrement, les articles 147 et 184 eussent été, pour ainsi dire, illusoires; car il n'arrivera jamais apparemment que l'un des époux se remarie sous les yeux mêmes de l'autre. L'époux présent d'ailleurs est alors sans excuse, puisqu'il n'a pas même pris le soin d'obtenir un jugement de déclaration d'absence, et de s'éclairer ainsi sur le sort de son conjoint, par la voie des enquêtes et de la publicité (Douai, 16 mai 1837, Desailly C. Baudoin, Dev., 1837, II, 488; Proudhon, t. I, p. 308; Vazeille, *du Mariage*, t. I, n° 225; Favart, *Répert.*, v° *Mariage*, sect. v, § 1, n° 3; Dalloz, *Rec. alphab.*, v° *Mariage*, p. 93, n° 13; Duranton, t. I, n° 526, qui toutefois en fait une question de circonstances).

J'adopterais certainement cet avis, si je croyais que, même après le retour de l'absent, nul autre que lui n'est recevable à attaquer le nouveau mariage (*supra*, n° 264). Dans ce système en effet, l'application de l'article 139, pendant la présomption d'absence, offrirait trop de dan-

gers, puisqu'il suffirait que l'un des époux s'éloignât pendant quelque temps pour que l'autre pût contracter un mariage, à l'abri de toute attaque, s'il arrivait que son conjoint n'eût pas la volonté, ou, par des circonstances quelconques, les moyens et le pouvoir d'en demander la nullité. Mais comme je pense que l'article 139 n'est applicable qu'autant que dure l'absence elle-même, je crois très-fermement aussi qu'il n'y a pas lieu dès lors de distinguer ici entre les différentes périodes : j'ai déjà remarqué (*supra*, n° 14) qu'il s'en fallait beaucoup que les auteurs du Code *eussent toujours soigneusement évité* (comme le dit Proudhon) de confondre la dénomination d'*absent* avec celle de *présumé absent ;* nous en trouvons des preuves dans les articles 222, 1427, et même dans l'article 122, qui fait partie de notre titre, bien plus, de notre chapitre même! J'ai dit aussi que cette distinction des trois périodes est loin d'être absolue, et que si elle ne s'applique pas exclusivement aux biens qui appartenaient à l'absent lors de son départ ou de ses dernières nouvelles, ce n'est du moins qu'avec réserve qu'il faut l'étendre à d'autres objets; et j'espère démontrer précisément qu'elle est inappliquable au sujet qui nous occupe :

1° La présomption d'absence est déjà l'absence, c'est-à-dire l'incertitude entre la vie et la mort de la personne qui a disparu ; or, l'article 139 est fondé essentiellement sur cette incertitude, sur ce qu'il serait injuste et par trop dur d'annuler un mariage qui est peut-être valable, et dont la nullité n'est pas en effet prouvée ; donc, il doit s'appliquer à la présomption d'absence sous l'empire de laquelle tous ces motifs existent déjà.

2° Le demandeur en nullité doit prouver que le premier mariage existait au moment de la célébration du second; or, la présomption d'absence lui rend cette preuve impossible; donc, la nullité ne peut pas être prononcée.

3° De deux choses l'une, d'ailleurs : ou la preuve de l'exis-

tence de l'absent sera plus tard fournie; et alors il sera encore temps d'annuler le second mariage; ou l'absence ne cessera pas; et alors le second mariage aura toujours été valable, par l'effet de la rétroactivité qui reporte la présomption de mort à l'époque des dernières nouvelles.

4° Ajoutez enfin qu'il est possible que le nouveau mariage n'ait été contracté que dix ans, quinze ans après la disparition de l'époux, dont l'absence n'aurait pas été, par négligence ou par d'autres motifs, judiciairement déclarée, et qu'alors l'époux présent, bien que répréhensible sans doute, n'est pourtant pas encore indigne d'intérêt (Lyon 3 fév. 1830, B.... C. D...., D., 1830, II, 145; Cass., 21 juin 1831, Blanc C. Delorme, D., 1831, II, 201; Cass., 18 avril 1838, Desailly C. Baudoin, Dev., 1838, I, 296; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 566; Valette sur Proudhon, t. I, p. 301, note 1; de Plasman, t, I, p. 317; Ortolan et Lebeau, *Du Ministère public en France*, t, I, liv. II, ch. III, p. 149-152; Demante, *Encyclop.*, n°s 142-146, et *Cours analyt.*, t. I, n° 177 *bis*, VII; Taulier, t. I, p. 333; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 333).

266. — L'état équivoque et incertain de l'époux présent peut soulever deux questions importantes, dans le cas d'absence du mari :

1° La femme présente a-t-elle besoin de l'autorisation de justice, dans les différents cas où la femme mariée est soumise à la nécessité de l'autorisation maritale? (Art. 217 et suiv.)

2° Quel est l'état des enfants que la femme présente peut avoir plus de trois cents jours après les dernières nouvelles de son mari? (Art. 315.)

Sur le premier point, l'affirmative nous paraît certaine : elle résulte de plusieurs articles soit du Code Napoléon (222, 1427), soit du Code de procédure (863), articles conformes aux principes; car la femme mariée a besoin d'autorisation dans les cas déterminés par la loi; or, il n'est pas prouvé que le mariage de la femme présente soit dis-

sous; donc, elle doit obtenir l'autorisation de justice (Lyon, 11 juin 1833, Blanchin, D., 1834, II, 143; Pothier, *Traité de la Puissance du mari*, part. I, sect. II, § 5, n° 27; Proudhon, t. I, p. 305; Duranton, t. I, n°s 459 et 469).

Il appartiendra aux juges, lorsque l'absence ne sera point encore déclarée, d'apprécier, d'après les circonstances, si le mari est simplement *non présent*, ou bien *présumé absent;* et suivant les différents cas, l'autorisation sera donnée à la femme soit dans la forme prescrite par les articles 861 et 862 du Code de procédure, soit dans la forme prescrite par l'article 863 de ce Code (Colmar, 31 juillet 1810, Richard, Sirey, 1811, II, 206; Cass., 15 mars 1837, Langlois, Dev., 1837, I, 547).

On a toutefois soutenu qu'après le jugement qui prononce l'envoi en possession définitif, la femme de l'absent n'a plus besoin de l'autorisation de justice pour contracter ni pour ester en jugement. (Comp. article de M. Justin Bauby, dans le *Moniteur des Tribunaux* du 15 février 1857.)

Cette doctrine est fondée sur ce que la présomption de mort prédomine alors absolument.

Mais nous avons déjà répondu qu'il n'est, à notre avis, dans aucune des périodes de l'absence, exact de dire que la présomption de mort remplace entièrement, et sur tous les points, l'incertitude de vie et de mort, qui caractérise, au contraire, cette situation.

267. — Nous croyons donc devoir maintenir la solution, qui précède, lorsqu'il s'agit d'un acte à faire. Mais supposez l'acte fait! la femme a contracté, elle a vendu un de ses immeubles sans autorisation de justice. Peut-elle demander la nullité de cette vente?

Pourquoi pas? dira-t-on; cette nullité n'est-elle pas la conséquence de la règle qui exige l'autorisation (art. 225, 1125)? la règle elle-même n'existerait pas, si la femme qui a contracté sans autorisation était néanmoins irrévocablement engagée! C'est là d'ailleurs une disposition d'ordre public à laquelle on prétendrait en vain que

la femme a renoncé (art. 6). Aussi la Cour de Caen a-t-elle décidé que la femme, dont le mari était absent et qui a vendu son immeuble dotal, est fondée à demander elle-même la nullité de cette aliénation (Caen, 22 février 1826, Alexandre, D., 1827, II, 84); Comp. Amiens, 22 juin 1880, Desgroiselles, *la France judiciaire*, 1881, p. 263; mais, le pourvoi formé contre cet arrêt, a été admis par la Cour de cassation le 9 mars 1881, chambre des requêtes.

Voici pourtant les doutes sérieux que j'éprouve :

Il n'est pas vrai de dire et d'affirmer que le mariage existe encore, et qu'il est certain que la femme avait besoin d'autorisation; la vérité est qu'on n'en sait rien! L'incertitude entre la vie et la mort de l'absent étend sur toutes les situations son influence et fait régner partout la maxime : *Onus probandi incumbit ei qui dicit;* or, la femme, demanderesse en nullité pour défaut d'autorisation, soutient que son mari existait encore au moment de l'obligation qu'elle a contractée; donc, elle doit prouver son affirmation. En effet, si l'absence se prolonge, son mari sera presumé mort dès le jour de ses dernières nouvelles, et l'obligation aura dès lors été très-valable. Pourquoi donc l'annuler, quand il n'est pas actuellement prouvé qu'elle soit nulle, et qu'il est même probable, surtout à une certaine époque de l'absence, que le temps ne fera que la confirmer. La Cour de cassation me paraît avoir décidé la question en ce sens (30 août 1826, Lacoutière, D., 1827, I, 15; comp. aussi Cass., 25 janv. 1845, Poupardin, Dev., 1865, I, 69; Lyon, 20 août 1869, Levrat, Dev., 1870, II, 124; Caen, 13 déc. 1875, Briant, Dev., 1876-2-137; Cass., 29 juill. 1879, Lallier, Dev., 1879-I-159; Pothier, *Traité de la Puissance du mari*, part. I, sect. II, § 6, n° 28; Houard, v° *Absence*, p. 11; et un arrêt inédit de la Cour de Caen, 4° chambre, 4 mai 1842, Monroty; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 568; Demante, t. I, n° 177 *bis*, XI).

En tout cas, on devrait du moins déclarer la femme

non recevable, pour peu qu'elle eût employé des manœuvres à l'effet de tromper les tiers et de se faire considérer comme veuve (arg. des art. 1310, 1382). Et ne dites pas qu'elle ne pouvait pas renoncer à la nécessité de l'autorisation, puisque précisément la question est de savoir si en effet cette nécessité existait pour elle. (*Voy.* notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 328.)

268. — 2° La femme d'un absent met au monde un enfant plus de trois cents jours depuis les dernières nouvelles de son mari, c'est-à-dire après l'expiration du terme légalement le plus long de la gestion (art. 315).

Cet enfant est-il légitime? A-t-il le droit à l'envoi en possession des biens de l'absent, conjointement avec les autres enfants, ou à l'exclusion des ascendants ou des collatéraux ! (Art. 745, 746.)

La Cour de Toulouse a deux fois décidé affirmativement; et par l'un de ses arrêts, un enfant né dix ans après la disparition du mari !... inscrit sur les registres de l'état civil *comme fils naturel né de père inconnu !* ... cet enfant, dis-je, a été déclaré légitime et admis à former tierce opposition au jugement qui avait déjà prononcé l'envoi en possession au profit des héritiers présomptifs de l'absent! (Toulouse, 14 juillet 1827, Gayrand et Cancé. D., 1829, II, 10; 29 décembre 1828, Beyres, D., II, 221; ajout. Douai, 18 nov. 1861, Jourdain, Dev., 1862, II, 1; Cass., 15 déc. 1863, Eliet, Dev., 1864, I, 27).

On a dit :

1° L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari (art. 312); or, le mariage n'est pas dissous par l'absence; donc, l'enfant conçu par la femme dont le mari est absent a toujours pour père le mari, et n'en est pas moins légitime.

2° S'il naît légitime, il ne peut perdre son état qu'autant qu'il sera judiciairement désavoué. Mais précisé-

ment personne ici n'a qualité pour intenter une action en désaveu. La loi accorde limitativement cette action, au mari seul d'abord, et après lui à ses héritiers, dans un bref délai (art. 316, 318); or, d'une part, il n'est pas prouvé que le mari soit mort, et ses héritiers, en conséquence, ne peuvent pas agir; d'autre part, une telle action, toute spéciale par sa nature et par ses résultats, ne saurait être comprise dans l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent (art. 120-134). Et cela est si vrai, que l'article 316, prévoyant précisément le cas *d'absence* du mari, lui réserve l'action en désaveu, à la charge par lui de l'exercer dans les deux mois après son retour. (Comp. de Plasman, t. I, p. 222; Talandier, p. 274; Richefort, *de l'État des familles*, t. I, n° 62.)

Je conteste de tous points cette argumentation :

1° Je soutiens que l'enfant n'a point alors en sa faveur la présomption de légitimité de l'article 312. L'absent n'est réputé ni mort ni vivant; et par suite, son mariage n'est réputé ni existant ni dissous; c'est à celui qui en affirme soit l'existence, soit la dissolution, à prouver l'une ou l'autre; or, l'enfant affirme qu'il a été conçu pendant l'existence du mariage; donc, il doit la prouver. De ce que l'époux présent ne peut pas se remarier, on aurait tort de conclure que la loi présume l'existence du mariage; l'article 139 ne dit rien de semblable, et il démontrerait même le contraire; car si la femme présente et remariée a un enfant, cet enfant appartiendra au nouveau mari; donc, l'article 312 ne s'applique plus au mari absent. Ce premier motif me paraît péremptoire; et c'est celui qui me détermine.

2° Mais on pourrait soutenir en outre que lors même que l'enfant naîtrait légitime et devrait être désavoué, ce désaveu serait valablement formé par les héritiers présomptifs de l'absent, soit du chef de celui-ci, soit surtout de leur propre chef. — *Du chef de l'absent;* lorsqu'ils auraient déjà obtenu l'envoi en possession de ses biens, et

seraient ainsi autorisés à exercer tous ses droits. L'action en désaveu n'est pas effectivement si personnelle qu'elle ne puisse être exercée par un représentant. Est-ce qu'elle ne pourrait pas être exercée, par exemple, par le tuteur du mari interdit pour cause d'aliénation mentale? (Cass., 24 juillet 1844, Taillandier, Dev., 1844, I, 626; *Revue de droit français et étranger*, 1845, p. 347, article de M. Pont; *voy.* notre *Traité de la Paternité et de la Filiation*, n°s 116-118.) — *De leur propre chef;* car la loi, ouvrant provisoirement la succession de l'absent, autorise ainsi l'exercice de tous les droits que le décès ouvrirait, et permet aux héritiers présomptifs d'exercer toutes les actions dont le résultat doit être de leur faire obtenir l'envoi en possession qu'elle leur offre (*supra*, n° 76). Et cela est vrai, surtout lorsqu'ils l'ont déjà obtenu, puisqu'aux termes des articles 130 et 131, ils ne peuvent alors être évincés que sur la preuve de l'existence ou du décès de l'absent. Quant à l'argument tiré de l'article 316, j'y ai déjà, par avance et depuis longtemps, répondu (*supra*, n° 14 (en remarquant que le mot *absent* n'était pas employé là dans son acception technique et spéciale. La preuve en résulte de l'article 316 lui-même, qui, dans sa première partie, s'occupe du mari *qui se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant*, expressions qui expliquent la pensée de la loi dans la seconde partie, qui évidemment s'occupe, en général, du mari *qui ne se trouve pas sur les lieux de la naissance de l'enfant*, du mari *absent*, dans le sens ordinaire et étendu de ce mot. (Comp. Demante, t. I, n° 158 *bis*, II.)

Qu'arriverait-il pourtant, si l'absent revenait? — Eh bien, il aurait été représenté dans cette instance comme dans toutes les autres par les envoyés en possession (art. 120-134). Si l'enfant a réussi, c'est qu'il aura prouvé l'existence de l'absent; et alors pas de difficulté s'il a succombé, l'absent de retour pourrait-il néanmoins le reconnaître comme légitime? Merlin le pense (*Quest.*

de droit, t. VIII, v° *Légitimité*, § 8); et j'examinerai, au titre *de la Paternité et de la Filiation*, cette solution très-contestable. (*Voy.* notre *Traité* précité n° 181.)

Mais reprenons notre premier motif pour conclure: L'enfant ne naît pas légitime; et il n'est pas nécessaire, en conséquence, de le désavouer; conclusion logique et conforme aux principes, mais aussi très-morale et très-nécessaire. Qui n'aperçoit en effet que l'opinion contraire provoquerait en quelque sorte au désordre la femme de l'absent qui n'aurait pas d'enfant, en lui donnant un moyen honteux et coupable de ravir ainsi les biens de son mari à sa famille légitime? C'est là un danger véritable, dont la loi elle-même s'est préoccupée dans une circonstance beaucoup moins suspecte pourtant que la nôtre (art. 393).

Et voilà pourquoi nous pensons non-seulement que cet enfant ne peut pas obtenir l'envoi en possession des biens du mari de sa mère, en commun avec les autres enfants et à l'exclusion des parents collatéraux, mais encore qu'il ne peut pas même succéder à sa mère (si ce n'est comme un enfant naturel), ni aux parents de celle-ci; cette seconde déduction, quoique plus délicate sans doute, nous paraît néanmoins dériver aussi de notre principe (Cass., 3 déc. 1834, Noël, Dev., 1835, I, 230; Caen, 29 déc. 1842, Perrotte, *Rec. de Caen*, t. VII, p. 505; Tribunal civil de Laon, 31 mai 1854, Robe, journal *le Droit*, du 4 juin 1854; Douai, 12 juill. 1856, Dupont, D., 1856, II, 292; Caen, 21 août 1863, Vérel, Dev., 1863, II, 15; Merlin, *Quest. de dr.*, *loc. supra*; Duranton, t. I, n° 439; Dupret, *Revue de droit français et étranger*, 1844, p. 750 et suiv.; Demante, t. I, n° 177 *bis*, XII; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. I, p. 568; *Observations*, dans le *Journal du Palais*, 1861, p. 1078-1079).

SECTION II.

DES CONVENTIONS MATRIMONIALES DE L'ABSENT.

269. — Remarquons d'abord que les principes précédemment développés en ce qui concerne les droits éventuels, qui peuvent compéter à l'absent (*supra*, n°° 199 et suiv.), ne reçoivent aucune modification par suite de son mariage, et quelles que soient ses conventions matrimoniales. Les articles 135-138 sont absolus; et il n'y avait pas de motif en effet pour s'écarter, dans ce cas plus que dans tout autre, de la règle qui impose à celui qui réclame un droit échu à un individu, dont l'existence n'est pas reconnue, l'obligation de prouver que cet individu existait, quand le droit a été ouvert.

Aussi l'article 124, qui détermine les modifications que le contrat de mariage du conjoint présent peut apporter aux règles ordinaires de l'envoi en possession, cet article est-il placé dans le chapitre III, sous la section I, qui s'occupe *des biens que l'absent possédait au jour de sa disparition*; voilà pourquoi aussi nous allons retrouver ici, dans toute son étendue, la distinction des trois périodes, qui s'applique surtout, comme je l'ai dit (*supra*, n° 10), aux biens qui appartenaient à l'absent, à l'époque de ses dernières nouvelles.

Ce n'est donc qu'à l'égard de ces biens que nous avons à rechercher quel est l'effet du contrat de mariage de l'absent.

270. — Les époux peuvent adopter telles stipulations matrimoniales qu'ils jugent à propos; la liberté générale des conventions est même alors plus grande et plus favorisée que partout ailleurs (art. 1387). Toutefois la loi a déterminé les conditions et les effets des principaux régimes matrimoniaux, de ceux que les mœurs et les habitudes des familles ont pour ainsi dire consacrés, et

qui sont d'ailleurs comme des types, dont toutes les clauses particulières se rapprochent toujours plus ou moins.

Ces régimes sont au nombre de quatre :

1° La communauté de biens ; laquelle est elle-même de deux sortes : — *légale*, lorsque les époux ont simplement déclaré se marier sous le régime de la communauté, ou qu'ils n'ont pas fait de contrat ; elle est ainsi le droit commun de la France (art. 1393-1400) : — *conventionnelle*, lorsqu'elle a été modifiée par les clauses spéciales du contrat (art. 1497-1528).

2° Le régime exclusif de la communauté (art. 1529-1535).

3° Le régime de la séparation de biens (art. 1536-1539).

4° Enfin le régime dotal (art. 1540-1581).

A. — La communauté légale se compose en général de tout le mobilier présent et futur des époux, de tous les revenus, intérêts et arrérages, même de leurs biens propres, et enfin des immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage (art. 1401 et suiv.). — Le mari en est seul administrateur, avec des pouvoirs étendus (art. 1421 et suiv.) ; aussi la femme a-t-elle, par compensation, le droit de demander la séparation de biens (art. 1443), d'accepter ou de répudier la communauté dissoute (art. 1453), et même en cas d'acceptation, de n'être tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument (art. 1483).

Les clauses de la communauté conventionnelle modifient d'ordinaire la communauté légale, soit quant à sa composition active ou passive, soit quant aux droits des époux ou de leurs héritiers dans le partage après la dissolution.

B. — Le régime exclusif de la communauté peut être caractérisé en deux mots : d'une part, conservation à chacun des époux de tous ses biens personnels, meubles

et immeubles ; d'autre part, administration et jouissance par le mari de tous les biens meubles et immeubles de la femme, pour supporter les charges du mariage.

C. — Sous le régime de séparation de biens, chacun des époux conserve à part, non-seulement la propriété, mais aussi l'administration et la jouissance de tous ses biens personnels (art. 1536). Chacun doit dès lors aussi de son côté contribuer sur ses revenus personnels aux charges du ménage (art. 1448-1537).

D. — Enfin, sous le régime dotal, le mari a l'administration et la jouissance des biens de la femme, constitués en dot, biens en général inaliénables (art. 1549-1554). La femme conserve l'administration et la jouissance de ses biens non constitués en dot, et qu'on appelle, à cause de cela, paraphernaux, παρὰ φερνίν.... *extra dotem* (art. 1574-1576).

Il nous suffira d'avoir ainsi esquissé à grands traits les caractères généraux de ces différents régimes, pour apprécier leur influence et leur effet dans les trois périodes de l'absence.

Première période. — Présomption d'absence.

271. — Nous avons vu que le caractère de cette période, c'est le maintien du *statu quo*. L'article 112 n autorise que les mesures exigées par la nécessité, des mesures, autant que possible, seulement conservatoires et provisoires ; et cet article est certainement applicable aux conventions matrimoniales.

Si c'est la femme qui est présumée absente, il n'y aura le plus souvent aucune mesure à prendre, lorsque les époux seront mariés sous le régime de la communauté, sous le régime exclusif de communauté, ou sous le régime dotal, qui tous les trois accordent au mari la jouissance des biens de la femme. Le mari conservera cette jouissance ; seulement il lui faudra recourir à l'arti-

cle 112, c'est-à-dire à l'autorisation du tribunal : 1° pour les actes qui dépasseraient ses pouvoirs, même à l'égard des biens personnels de la femme dont il jouit (art. 818, 1428, 1558) ; 2° régulièrement aussi, pour pourvoir à l'administration des biens paraphernaux abandonnés par la femme (art. 1574). — S'il y a séparation de biens, je pense que le mari aura qualité pour provoquer aussi des mesures conservatoires d'après l'article 112 (*supra*, n° 28) ; car il a intérêt à la bonne administration de ces biens, dont les revenus contribuent aux charges du mariage (212).

Dans le cas où c'est le mari qui est présumé absent, la femme aura certainement, de son côté, intérêt et qualité pour provoquer des mesures conservatoires à l'égard de ses biens personnels, dont l'administration appartient au mari, et même aussi à l'égard des biens propres de ce dernier, dont les revenus doivent aussi contribuer à l'entretien de la famille ; il sera même naturel d'en confier alors l'administration à la femme, si rien d'ailleurs ne s'y oppose (art. 222, 1427).

Que si, au contraire, la femme elle-même se trouvait dans le cas d'être interdite, ou pourvue d'un conseil judiciaire, la disparition du mari serait assurément un motif de plus pour justifier cette mesure (Cass., 9 juin 1829, de Baudre, D., 1829, I, 265).

Mais pendant cette première période on ne touche pas encore au contrat de mariage. Quel qu'il soit, il subsiste, il est maintenu comme tout le reste. (Comp. Douai, 13 janv. 1865, Jourdain, Dev., 1866, II, 61.)

Seconde période. — Déclaration d'absence.

272. — Dans quels cas les règles ordinaires de l'envoi en possession provisoire sont-elles alors modifiées ? — et de quelle manière ? — Tels sont les deux points à examiner.

Et d'abord dans quels cas?

D'après les articles 120 et 123, les héritiers présomptifs de l'absent, au jour de ses dernières nouvelles, les légataires et tous ceux qui ont des droits subordonnés à la condition de son décès, peuvent les exercer provisoirement; telle est la règle générale en matière d'absence;

Or, l'article 124 n'y déroge qu'en faveur de l'époux *commun en biens,* auquel il permet, en optant pour la continuation de la communauté, « d'empêcher l'envoi « provisoire et l'exercice provisoire de tous les droits « subordonnés à la condition du décès de l'absent, et de « prendre ou de conserver par préférence l'administra- « tion des biens de l'absent. »

Donc, hors ce cas, et lorsque le conjoint présent est marié sous tout autre régime, le droit commun conserve son empire, et le contrat de mariage est lui-même provisoirement dissous.

Cette conclusion est en effet certaine.

Mais pourquoi donc une telle différence, une telle inégalité entre les régimes matrimoniaux? Il serait difficile, à mon avis, d'en donner une raison satisfaisante; et nous allons, je crois, reconnaître que les dispositions du Code Napoléon sur ce sujet ne sont pas le fruit d'un système préconçu et bien arrêté.

On pourrait encore l'expliquer peut-être, cette différence, dans le cas où l'époux présent est marié sous le régime de la séparation de biens. Alors, en effet, les fortunes étant distinctes, l'envoi en possession provisoire au profit des héritiers de l'absent et des autres intéressés n'enlève aucun droit au conjoint présent, et ne change pas, pour ainsi dire, sa position. Il perd, à la vérité, les revenus au moyen desquels l'absent contribuait aux charges du ménage; mais, d'une part, ces charges n'existent plus, surtout s'il n'y a pas d'enfants; et d'autre part, s'il y a des enfants, ils sont héritiers de l'absent, et envoyés comme tels en possession de ses biens,

sur lesquels l'époux présent a même l'usufruit légal jusqu'à ce que les enfants aient l'âge de dix-huit ans, ou qu'ils aient été émancipés (art. 384). Nous verrons pourtant que, même dans ce cas et sous ce régime, on aurait pu, on aurait même dû, selon moi, traiter mieux et avec plus de faveur le conjoint présent. Mais enfin il n'y a rien, après tout, que de logique et de rigoureusement juste dans la situation qui lui est faite alors.

Il me semble, au contraire, que lorsque les époux sont mariés sous le régime exclusif de la communauté ou sous le régime dotal, il est permis de dire que la dissolution provisoire des conventions matrimoniales est tout à la fois irrationnelle et inique. Supposez en effet que c'est le mari qui est présent; le voilà obligé de restituer aux héritiers de la femme, à ses légataires, etc., les biens personnels de sa femme, dont il avait la jouissance en vertu de son contrat de mariage. Eh bien! je dis que cela ne devrait pas être, au moins aussitôt après la déclaration d'absence :

1° En principe, les envoyés provisoires sont des administrateurs préposés par la loi à la gestion des biens délaissés par l'absent, et qui dès lors ne doivent, en général, avoir de droits que de son chef, ne doivent avoir enfin d'autres droits que les siens (*supra*, n° 134).

Aussi l'envoi provisoire ne comprend-il que les biens *qui appartenaient à l'absent au jour de son départ ou de ses dernières nouvelles* (art. 120), et ses biens, dès lors, tels qu'ils lui appartenaient, ni plus ni moins;

Or, d'une part, les biens de la femme, dont le mari a l'administration et la jouissance, ne sont pas délaissés; d'autre part, le mari a le droit, en vertu de son contrat, d'en jouir jusqu'à la dissolution du mariage ou la séparation de biens prononcée en justice; et les héritiers de la femme, ses légataires et autres, ne prouvent pas que le

mariage soit dissous, et ne sont pas non plus dans le cas de la séparation de biens (art. 1443);

Donc, ils ne devraient pas pouvoir exercer contre le mari un droit que la femme elle-même n'aurait pas, et le priver de la jouissance des biens que la femme elle-même serait obligée de lui laisser.

2° Pourquoi l'article 124 permet-il à l'époux présent commun en biens, d'empêcher l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent? Dans l'intérêt de l'absent lui-même, direz-vous, pour concentrer dans une seule main le gouvernement de sa fortune. Oui, j'en conviens; c'est là un des motifs de cet article; mais ce motif même s'appliquerait presque toujours aussi au régime exclusif de communauté, sous lequel le mari a l'administration et la jouissance de tous les biens de la femme (art. 1531), et même au régime dotal, sous lequel tous les biens présents et à venir de la femme sont le plus souvent constitués en dot (art. 1542-1549). D'autres raisons d'ailleurs, et, selon moi, plus fortes encore et plus sérieuses, expliquent l'article 124. C'est qu'on a compris qu'il était juste, puisqu'on retenait l'époux présent dans cette espèce de viduité forcée, de lui permettre en conséquence de faire durer aussi les conventions matrimoniales, ces conditions du mariage lui-même, et sur la foi desquelles il s'est formé! C'est qu'on a compris ce qu'il y aurait souvent de rigoureux et de déplorable dans cette dissolution du contrat de mariage, qui changerait nécessairement les habitudes et toute l'existence de l'époux présent, qui pourrait mettre dans le plus grand embarras le mari obligé de restituer la dot, et déranger, ruiner peut-être ainsi les affaires d'un mariage que la loi elle-même ne regarde certes pas encore comme dissous! C'est qu'enfin on a considéré que, puisqu'il ne s'agit encore que de mesures provisoires, le mieux était d'autoriser l'époux présent à conserver le *statu quo*, même après l'absence déclarée.

Or, toutes ces considérations, si sages, si équitables, existent avec une égale force sous le régime exclusif de communauté et sous le régime dotal.

Donc, la situation de l'époux aurait dû être aussi la même; et, en vérité, on ne comprend pas pourquoi le mari, qui, sous le régime de la communauté, aurait pu garder pendant trente ans la jouissance de tous les biens de la femme, sera obligé à la restitution immédiate de ces biens sous le régime exclusif de communauté ou sous le régime dotal. Apparemment la présomption de mort de l'absent est toujours la même; et la gravité de cette présomption ne dépend pas du régime matrimonial adopté par les époux!

273. — Proudhon a entrepris toutefois de justifier cette différence faite par l'article 124 entre la communauté et les trois autres régimes :

« La loi a voulu que sa faveur fût commune aux deux « époux; et il n'y a que le régime communal sous le« quel cela puisse être ainsi; car, pour obtenir l'admi« nistration légale, préférablement aux héritiers, la « femme ne peut avoir d'autre titre que sa qualité d'as« sociée; elle ne pourrait donc y prétendre, si elle avait « été mariée sans communauté; et dès lors, en deman« dant le maintien des choses comme auparavant, elle « ne solliciterait qu'un état de privation pour elle-même, « puisque sa dot ne devrait pas lui être restituée. » (T. I, p. 314.)

Je répondrai : 1° que cet état de privation, on l'impose précisément au mari présent, en le forçant de restituer les biens dotaux, dont le contrat de mariage lui assurait la jouissance; 2° que d'ailleurs, même sous le régime de la communauté, la femme présente, en optant pour la continuation, n'eût à peu près aussi sollicité qu'un état de privation pour elle-même, si la loi ne lui eût pas en même temps accordé la faculté de prendre l'administration de cette communauté.

Eh bien! n'aurait-on pas pu aussi accorder à la femme, sous les autres régimes, le droit de prendre, par préférence, l'administration de ses biens propres et des biens personnels du mari?

Mais voici alors une autre objection; on dira : la déclaration d'absence donne lieu à une sorte d'ouverture provisoire de la succession de l'absent; or, la loi n'appelle le conjoint survivant à la succession du prédécédé, qu'à un certain rang très-éloigné (comp. art. 140, 767); donc, elle ne devait pas, pour être conséquente, le préférer à tous ses autres héritiers, en cas d'absence. La loi a considéré que dans ce cas, comme dans le cas de décès, l'époux présent exercera lui-même ses gains de survie et autres droits.

Je répondrai encore : 1° que cette objection n'explique pas du tout la différence faite par l'article 124 entre le régime de la communauté et les trois autres régimes, puisque précisément l'ouverture provisoire de la succession de l'absent n'a pas lieu dans le cas de communauté, si l'époux présent opte pour la continuation; 2° qu'il est déjà très-regrettable que le Code Napoléon n'ait accordé aucun droit quelconque, aucun douaire, à l'époux survivant, dans la succession du prédécédé, mais que cette omission est encore plus fâcheuse et plus injuste dans le cas d'absence, si différent du décès! car d'une part il n'est pas prouvé que l'absent soit mort et que les droits de ses héritiers soient ouverts au préjudice du conjoint présent; d'autre part, ce conjoint est toujours considéré, par la loi elle-même, en quelque sorte comme marié; et cette situation équivoque, qui résulte pour lui du fait personnel de son conjoint, méritait certes alors plus que jamais qu'on lui accordât quelques droits sur ses biens.

274. — Duranton remarque que l'époux présent a ses biens personnels pour faire face à ses besoins (t. I, n° 452).

Mais s'il n'en avait pas pourtant! serait-il fondé à de-

mander des secours, une pension alimentaire enfin, aux héritiers envoyés en possession provisoire des biens de son conjoint?

Talandier lui permet de réclamer le tiers de ses revenus, d'après l'article 1537 (p. 169). Mais le contrat de mariage étant provisoirement dissous, je ne crois pas que l'époux présent puisse désormais s'en faire un titre à cet effet.

Ce ne serait donc qu'en vertu de l'article 212 qu'il pourrait agir, et au nom des devoirs d'assistance réciproque qui existent entre époux. Mais cette prétention elle-même soulève alors des difficultés graves. C'est une question très-épineuse, en effet, que celle de savoir si l'obligation légale de se fournir des aliments entre parents ou entre époux est transmissible aux héritiers du parent ou de l'époux, qui n'en était débiteur lui-même qu'en vertu d'une qualité essentiellement personnelle et intransmissible, *ex pietatis causa*. Je discuterai plus tard cette difficulté; mais je puis annoncer déjà que pour mon compte je serai porté, en cas de décès, à répondre négativement (*voy.* mon *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 40).

Il faudrait donc, d'après cela, que l'époux présent prouvât que son conjoint existe encore; et jusqu'à cette preuve, il devrait d'autant plus être déclaré non recevable contre ses héritiers, que ceux-ci ne possèdent ses biens qu'en vertu d'une présomption de décès.

L'argument est serré; mais pourtant j'accorderais alors à l'époux présent le droit de demander des aliments aux envoyés en possession provisoire. Ceux-ci, après tout, possèdent au nom de l'absent, et doivent dès lors remplir les engagements qui sont à sa charge; et puis enfin le mariage n'est pas véritablement dissous; le conjoint présent ne peut pas se remarier; et sa demande est tellement digne d'intérêt et de faveur, que ces divers motifs

me paraissent suffire pour décider qu'on devrait y faire droit (de Moly, n° 562).

275. — De ce qui précède, je crois pouvoir conclure que la loi a fait *trop peu* pour l'époux présent dans le cas d'exclusion de communauté et de régime dotal.

Mais en sens inverse, et sous d'autres rapports, n'a-t-elle pas *trop* fait, au contraire, en faveur de l'époux commun en biens?

D'après l'article 124, l'époux présent, en optant pour la continuation de la communauté, peut *empêcher l'envoi provisoire et l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent;* non-seulement donc des droits des héritiers légitimes ou des légataires, mais même aussi des droits des tiers, tels que le donateur avec stipulation du droit de retour, l'appelé à une substitution, le nu-propriétaire du bien dont l'absent avait l'usufruit.

Or, il m'est impossible de ne pas faire encore ici à la loi elle-même une objection, qui me paraît très-sérieuse :

On comprend que l'ouverture provisoire des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent soit plus ou moins retardée, suivant la durée plus ou moins longue de l'absence et la présomption plus ou moins grave du décès. Cette base est logique. Mais en vérité qu'importe, sur ce point, le régime sous lequel l'époux présent est marié? et convenait-il d'établir, dans les droits des tiers, une différence si considérable, par un motif qui leur est tout à fait étranger, et qui d'ailleurs ne peut exercer rationnellement, à cet égard, aucune influence. Quoi! si l'époux présent est séparé de biens ou marié sous le régime exclusif de communauté ou sous le régime dotal, tous les droits subordonnés au décès de l'absent s'ouvriront nécessairement à partir de la déclaration d'absence; et si au contraire l'époux présent est commun en biens, il pourra arriver que le donateur,

l'appelé, le nu-propriétaire soient obligés d'attendre pendant trente ans l'ouverture de leurs droits!... et cela, au gré, à la merci de l'époux présent, constitué ainsi leur souverain arbitre? — Mais, encore un coup, qu'importe aux tiers le régime matrimonial, quel qu'il soit, de l'époux présent! qu'importe ce régime à la question de savoir si l'absent doit être, dans l'intérêt de ces tiers, présumé mort ou vivant! La différence, faite par l'article 124, entre la communauté et les trois autres régimes, n'est-elle pas encore ici véritablement choquante!

J'aurais donc désiré qu'on distinguât, parmi les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, ceux qui émanent plus ou moins immédiatement de la concession de la loi elle-même, d'avec ceux qui, indépendamment d'une concession quelconque de la loi, sont irrévocablement acquis à des tiers, en vertu d'un titre et sous la seule condition du décès de l'absent. Il m'aurait paru convenable et juste que la loi préférât le conjoint présent, quel que fût son régime matrimonial, aux héritiers présomptifs et aux légataires de l'absent, sur les biens appartenant d'une manière incommutable à celui-ci; et qu'elle suspendît l'ouverture provisoire des droits qui émanent d'elle et qui sont à sa libre disposition, qu'elle en suspendît l'ouverture provisoire, dans l'intérêt du conjoint présent, sinon pendant toute la séconde période, au moins pendant une partie de cette période.

Je trouve, à cet égard, dans Flaust, des réflexions fort judicieuses : « Le mariage, dit-il, approprie à la femme comme au mari la jouissance de tous les biens du mari; ces biens-là sont possédés par indivis entre le mari et la femme; c'est une jouissance commune; ainsi la femme de l'absent a un droit personnel à ces biens; elle a le droit d'en jouir tant que le mariage subsiste; il suit de là que la femme de l'absent est en droit de repousser l'héritier présomptif qui, sous prétexte de l'absence,

voudrait avoir la jouissance de ces biens. La caution qu'il offrirait pour le rapport des fruits, en cas de retour, ne serait d'aucune utilité à la femme; il ne s'en trouverait pas moins que la femme serait dépouillée de sa jouissance propre et de l'avantage qu'elle a acquis par son mariage, de s'éjouir de toute la fortune du mari; elle serait privée de cette jouissance par indivis que lui promettait son mariage; elle souffrirait une perte considérable, en ce qu'elle se trouverait réduite au sort d'une veuve, avant qu'on sût ou qu'on pût juger, en fait ou en droit, que son mari est mort.... » (Livre I, tit. IV, chap. II, § 2.)

Mais, quant aux biens sur lesquels des tiers ont, en vertu d'un contrat ou d'un titre quelconque irrévocable, des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, j'aurais désiré plus d'égalité, plus d'uniformité; j'aurais voulu qu'on déterminât une époque fixe et unique, où ces droits s'ouvriraient provisoirement, sauf à différer aussi cette ouverture après la déclaration d'absence, dans l'intérêt de l'époux présent, mais sans la différer pourtant pendant trente ans. Car cette suspension si longue fait à ces tiers une position vraiment pire que si l'époux absent était encore là, puisqu'ils n'ont plus la chance de l'ouverture de leurs droits par l'effet de sa mort.

La disposition de l'article 124 laisse donc beaucoup à désirer. Les auteurs du Code Napoléon, incertains encore à cette époque de ce qui serait plus tard décrété sur les conventions matrimoniales, ne songeant point par exemple au régime dotal, qui n'a été ajouté qu'après coup au titre du contrat de mariage lui-même, se sont exclusivement préoccupés du régime de la communauté. C'est là peut-être la seule explication possible de l'article 124, et de toutes les anomalies que je viens de signaler et qu'il serait si souhaitable de voir disparaître.

276. — Quoi qu'il en soit, si l'article 124 ne s'appli-

que qu'à l'époux commun en biens, il me paraît du moins incontestable qu'il s'applique indistinctement à tout époux commun en biens, et par conséquent :

1° A la communauté conventionnelle aussi bien qu'à la communauté légale (Toullier, t. I, n° 467; Duranton, t. I, n° 450; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 549; Massé et Vergé, t. I, p. 144; de Moly, n° 561; de Plasman, t. I, p. 275);

2° A la communauté d'acquêts stipulée en même temps que le régime dotal (art. 1581; Bellot des Minières, *du Contr. de mariage*, t. II, p. 23; Pont et Rodière, *du Contr. de mariage*, t. I, n° 742).

L'article 124 parle sans distinction de l'*époux commun en biens*; or, l'époux est alors commun en biens, pouvant opter entre la continuation et la dissolution de la communauté; donc, il est compris dans cet article.

Et cette proposition, une fois admise, doit dès lors s'étendre même au contrat de mariage, qui aurait assigné à chacun des époux des parts inégales dans la communauté (art. 1520-1525). A la vérité il arrivera presque toujours alors que l'époux présent, si c'est sa part qui a été réduite, optera, bien entendu, pour la continuation de la communauté et non pas pour une dissolution qui amènerait un partage inégal contre lui; mais, encore une fois, l'article 124 s'applique à tout époux commun en biens; or, même dans ce cas, il y a communauté.

277. — Mais que décider si, même dans le cas de communauté, l'époux absent avait des biens qui n'en faisaient point partie, ni quant à la propriété, ni quant à la jouissance et à l'administration? Par exemple, les époux sont mariés sous le régime dotal avec communauté d'acquêts (art. 1581); mais la femme a des biens paraphernaux dont elle s'est réservé la possession et la jouissance (art. 1534, 1549-2°, 1576). Elle disparaît.... Le mari opte pour la continuation de la communauté. Je demande

à qui sera confiée la possession des biens paraphernaux de la femme?

Marcadé (t. I, p. 469, 470, sur l'article 124, n° 15) pense que les héritiers présomptifs de la femme, ses légataires et autres, qui ont des droits subordonnés à la condition de son décès (art. 120-123), devront être envoyés en possession provisoire de ces biens. Il invoque le texte et l'esprit de l'article 124, qui n'accorde qu'*à l'époux commun en biens* la faculté de paralyser l'exercice provisoire des droits subordonnés au décès de l'absent, à l'époux commun en biens, et dès lors seulement à l'égard des biens de la communauté, des biens auxquels seuls peut s'appliquer, en effet, *la continuation de communauté* qu'il autorise.

Il me semble que le texte et l'esprit de la loi favorisent bien plutôt l'opinion contraire :

Le texte! écoutons l'article 124 :

« L'époux commun en biens, s'il opte pour la conti-
« nuation de la communauté, pourra empêcher l'envoi
« provisoire et l'exercice provisoire *de tous les droits su-*
« *bordonnés à la condition du décès de l'absent,* et prendre
« ou conserver, par préférence, l'administration *des biens*
« *de l'absent.* »

De tous les droits sans distinction! — *des biens de l'absent* sans distinction! Et les mêmes mots, l'article 129 les reproduit encore, en supposant très-explicitement que ce n'est qu'à l'époque de l'envoi définitif que les *ayants droit pourront demander le partage des biens de l'absent.* Voilà pour le texte; et je ne crois pas qu'il fût possible, en présence d'un tel article, d'accorder aucun envoi en possession provisoire au préjudice de l'époux présent.

L'esprit de la loi me paraît d'ailleurs ici très-conforme à la lettre. L'un des motifs de cet article 124 est précisément d'empêcher le morcellement de la fortune de l'absent en autant de mains différentes qu'il pourrait y avoir

d'envoyés provisoires, et de concentrer ainsi le gouvernement de sa fortune dans les mains d'un seul comptable. Il est, en effet, raisonnable de confier aussi à l'époux présent l'administration des autres biens de son conjoint, puisque la présomption qui domine alors est la présomption d'existence; et quand la loi empêche l'exercice provisoire des droits de l'appelé à la substitution, du donateur avec stipulation de droit de retour, et même du nu propriétaire, il serait étrange qu'elle ouvrît le droit des héritiers *ab intestat*, ce droit beaucoup moins fort, et qui dépend absolument d'elle. Le mari donc, en *conservant* l'administration des biens de la communauté, *prendra*, dans ce cas, celle des biens paraphernaux de la femme; et c'est là déjà une première explication, très-plausible, de ces deux mots de l'article 124 (*voy.* encore *infra*, n° 284; comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 549; Demante, t. I, n° 162 *bis*, II).

278. — Nous savons maintenant dans quels cas l'article 124 est applicable.

Il nous reste à rechercher ses effets :

1° Lorsque l'époux opte pour la continuation de la communauté;

2° Lors, au contraire, qu'il opte pour la dissolution.

Première hypothèse. — Option pour la continuation provisoire de la communauté.

279. — 1° Quels sont les effets de cette continuation de la communauté?

2° Combien dure-t-elle et comment peut-elle cesser?

3° Enfin quels sont alors les effets de sa dissolution?

Tels vont être les trois objets de notre examen.

N° 1. — *Quels sont les effets de la continuation de la communauté?*

280. — Voilà donc l'époux qui a opté pour la continuation de la communauté; quelle est sa position? quels sont ses droits et ses devoirs?

A. — La loi exige-t-elle de lui des garanties de restitution?

B. — Limite-t-elle ses pouvoirs?

C. — Le dispense-t-elle de la restitution des fruits, en tout ou en partie?

Ces trois sortes de mesures, nous savons qu'elle les a prises à l'égard des envoyés en possession provisoire (*supra*, n° 89). Je crois devoir conserver ici la même division, afin de faire ressortir les droits et les devoirs de l'époux présent, par cette comparaison même avec les droits et les devoirs des envoyés en possession provisoire ordinaires.

281. — A. L'inventaire, la vente du mobilier, l'emploi des capitaux, la caution, l'état des immeubles, toutes ces garanties de restitution exigées, en général, des envoyés provisoires, sont-elles aussi imposées à l'époux présent?

Les opinions, sur ces différents points, offrent bien peu d'ensemble.

Quant à l'inventaire, Toullier (t. I, n° 466) distingue entre le mari et la femme. D'après l'article 126, dit-il, l'obligation de faire inventaire n'est imposée à l'époux présent qu'*à l'égard du mobilier et des titres de l'absent;* or, d'une part, le mobilier de la communauté n'est pas, dans la propriété juridique des termes, le mobilier de l'absent; et d'autre part le mari présent doit, en sa qualité de chef (art. 1421, 1422), conserver ses pouvoirs; donc, il n'est tenu de faire inventaire que du mobilier

de la femme qui serait exclu de la communauté. Telle est aussi l'opinion de Zachariæ (t. I, p. 300).

Pour moi, je pense que le texte même de la loi, non moins que ses motifs, impose indistinctement à l'époux présent, au mari comme à la femme, l'obligation de faire l'inventaire du mobilier et des titres de la communauté. C'est l'article 126 qui ordonne cette mesure; or, ses termes mêmes comprennent « ceux qui auront obtenu « l'envoi provisoire, ou l'époux qui aura opté pour la « continuation de la communauté. » Le texte est donc formel. — Mais, dit-on, il ne s'applique qu'au *mobilier de l'absent!* Mais le mari, quand il est présent, doit conserver tous ses pouvoirs sur les biens de la communauté! — Je crois que ces objections méconnaissent le vrai motif des mesures ordonnées par l'article 126. Pourquoi donc l'inventaire? Eh mais! c'est surtout dans la prévoyance d'un compte à faire, pour le cas où la dissolution de la communauté remonterait à l'époque des dernières nouvelles de l'absent; or, dans cette hypothèse, il faudra bien savoir de quoi elle se composait; donc, l'inventaire doit constater l'existence du mobilier, qui était bien, en effet, sous ce rapport, le *mobilier de l'absent*, pour la part à laquelle il avait droit à cette époque. Ces expressions s'expliquent d'ailleurs par le motif que l'article 126 embrasse, dans une disposition unique, et l'envoi en possession provisoire *des biens de l'absent* en général, et l'administration légale de l'époux présent. Ajoutez enfin que c'est surtout à l'égard des tiers que le mari conserve ses pouvoirs d'administrateur, mais qu'il n'en est pas moins comptable éventuellement envers les représentants de la femme. (Delvincourt, t. I, p. 48, note 8; Proudhon, t. I, p. 317, 318; Duranton, t. I, n°s 458-460; Demante, *Encyclop.*, n° 85; de Plasman, p. 281; Aubry et Rau, sur Zachariæ, t. I, p. 551.)

Mais en ce qui concerne la vente du mobilier et l'emploi des capitaux, je crois aussi qu'il y a lieu de distin-

guer entre le mari et la femme. Remarquez que le texte de l'article 126 n'est plus, à cet égard, impératif ni absolu : « Le tribunal ordonnera, *s'il y a lieu*, de vendre tout ou partie du mobilier.... » Or, il me semble précisément qu'il n'y a pas lieu d'ordonner cette vente, lorsque le mari présent opte pour la continuation de la communauté; car il conserve alors sur cette communauté ses pleins pouvoirs d'administrateur *cum libera* (*infra*, n° 285). — Par suite, il n'y a pas lieu non plus, dans ce cas, à l'emploi du prix et des fruits échus, qui ne paraît être qu'une conséquence de la vente : *en cas de vente*, dit encore l'article 126.

282. — Je pense, au reste que l'époux présent n'est pas tenu d'appeler à l'inventaire les héritiers présomptifs de l'absent, qui y sont représentés par le procureur impérial ou par le juge de paix, en présence duquel il a lieu (art. 126; Toullier, t. I, n° 469).

Mais il me semble également que rien ne s'oppose à ce que ces héritiers soient admis à y assister sans augmentation de frais; ils ont un légitime intérêt à en assurer l'exactitude. (Delvincourt, t. I, p. 48, note 8; Duranton, t. I, n° 458, note 1; de Plasman, t. I, p. 281, 282.)

283. — Quant à la caution, c'est une question très-controversée que celle de savoir si l'époux présent qui opte pour la continuation de la communauté est tenu de la fournir :

Les uns distinguent encore entre le mari, qui en serait dispensé, et la femme, qui en serait tenue. (Toullier, t. I, n° 479; Talandier, p. 164.)

D'autres (de Moly, n° 580-587) exigent dans tous les cas la caution : 1° dans tous les cas, en effet, elle est utile; on oblige bien l'époux à faire inventaire, même dans le cas de continuation de la communauté! or, évidemment, il y a les mêmes motifs pour l'obliger à fournir caution; 2° cela résulte de l'article 129, qui comprenant

les deux hypothèses d'envoi en possession provisoire et d'administration légale, déclare qu'après un certain temps, *les cautions seront déchargées;* ce qui suppose qu'elles ont dû être données dans les deux cas. M. de Moly argumente encore de ce que, dans les procès-verbaux imprimés par ordre du gouvernement, la première partie de l'article 124 se terminerait par *deux points* (prendre ou conserver, par préférence, l'administration des biens de l'absent); d'où il induit que la seconde partie se lierait ainsi à la première, qu'elle en ferait partie intégrante, et que la disposition finale *à la charge de donner caution*, serait en conséquence commune à l'article tout entier. Mais, sans examiner le mérite de cette conclusion, bornons-nous à dire que l'auteur lui-même reconnaît qu'on ne trouve qu'*un point* dans l'édition *originale et seule officielle.* — Quoi qu'il en soit, l'avis qui exige toujours la caution a aussi prévalu dans un arrêt de la Cour de Paris (9 janv. 1826, Delaplane, D., 1826, I, 233).

Demante (*Encyclop.*, n° 84) pense: « Qu'en définitive, le plus raisonnable peut-être serait de dire que la loi étant muette sur la question, on pourrait, sans violation et sans excès de pouvoir, la juger diversement, suivant les circonstances. » (Comp. aussi *Cours analyt.*, t. I, n° 164 *bis*, VI.)

Mais dire que la loi est muette, n'est-ce pas avouer qu'elle n'exige pas la caution? Or, si elle ne l'exige pas, par quel moyen pourrait-on en imposer l'obligation à l'époux? Comment surtout le juge pourrait-il, suivant les cas, l'exiger de l'un, en dispenser l'autre? Je ne nie pas ce que ce pouvoir discrétionnaire pourrait avoir d'utile; mais par cela même qu'il investirait le juge d'une sorte d'arbitrage souverain, il serait de plus en plus nécessaire qu'il lui fût conféré par la loi elle-même. Il me semble donc que si en effet le texte ne soumet pas l'époux à cette obligation, il n'est, en aucun cas, permis

de l'y soumettre; et telle est en effet mon opinion : lorsque la loi a voulu exiger la caution soit des envoyés provisoires, soit de l'époux présent, elle s'est expliquée toujours formellement; les articles 120, 123 et 124, deuxième partie, sont en effet explicites ; or, la loi garde un silence absolu à cet égard dans la première partie de l'article 124 ; donc, elle n'a pas voulu exiger, dans ce cas, la caution. Cela même devient plus clair encore par la différence et par l'espèce de contraste qui existe entre les deux parties de l'article 124. L'argument contraire, déduit de l'article 129, n'est pas du tout concluant; car cet article n'a pas pour but de déterminer dans quels cas la caution devait être fournie ; et tout ce qui en résulte, c'est que les cautions seront déchargées, lorsqu'en effet elles auront été fournies conformément aux articles qui précèdent; ce qui s'applique aux envoyés en possession provisoire, dont il est question dans l'article 129, en même temps que de l'époux (comp. Tribun. civ. de la Seine, 23 mars 1863, Moissonnier, le *Droit* du 18 mai 1867).

On peut dire, il est vrai, qu'il y aurait eu peut-être autant de motifs d'exiger la caution pour le cas de dissolution de la communauté; mais il ne nous appartient pas d'ajouter à la loi, surtout pour imposer à l'époux présent une obligation souvent onéreuse. Le législateur, au contraire, a voulu sans doute encourager l'époux présent à se charger de la continuation de la communauté, en la lui rendant ainsi plus facile. (Delvincourt, t. I, p. 47, note 16; Proudhon et Valette, t. I, p. 317-318 ; Valette, *Explicat. somm. du livre I du Code Napoléon*, p. 68 ; Duranton, t. I, n° 465 ; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 550 ; Massé et Vergé, t. I, p. 145; Marcadé, art. 124 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 205; de Plasman, t. I, p. 282.)

284. — B. Quels sont les pouvoirs de l'époux présent qui a opté pour la continuation de la communauté?

Et d'abord, il ne paraît pas douteux qu'il peut faire

tous les actes de simple administration. C'est le droit des envoyés en possession provisoire ordinaires (arg. de l'article 128 ; *supra*, n° 103). La femme n'a même, à cet égard besoin d'aucune autorisation ; car elle est, en général, capable de faire seule les actes d'administration (art. 223-1449-1536) ; et d'ailleurs la loi elle-même l'autorise suffisamment par cela seul qu'elle lui permet d'entreprendre la continuation de la communauté (Pothier, *Traité de la Puissance du mari*, part. I, sect. II, § 5, n° 27 ; *voy.* aussi notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 167).

285. — Mais la question n'est pas aussi facile en ce qui concerne les actes d'aliénation.

Il est assez remarquable que le Code Napoléon, qui applique formellement à l'époux présent les articles 126 et 127, relatifs aux garanties de restitution exigées des envoyés provisoires, et à la part des fruits qu'ils sont dispensés de rendre, ne parle plus de l'époux, au contraire, dans les articles 125 et 128, qui déterminent les pouvoirs des envoyés en possession (*voy.* pourtant art. 134). C'est là, suivant moi, une omission fâcheuse, et une lacune regrettable ; d'autant plus que le caractère de cette continuation de communauté et ses effets étant très-contestés (*infra*, n° 293), et toujours fort difficiles, il importait beaucoup de définir et de préciser les pouvoirs de l'époux administrateur.

Ainsi, par exemple, ceux qui voient dans l'article 124 une continuation de communauté semblable à celle qui avait lieu autrefois sous la coutume de Paris, entre le conjoint survivant et les enfants mineurs du prédécédé, ceux-là ne pourraient-ils pas appliquer à l'époux présent, *mutatis mutandis*, ce que dit Pothier des pouvoirs de l'époux survivant : « Le pouvoir qu'a le survivant, soit le mari, soit la femme, sur les biens de la continuation de communauté, n'est pas le pouvoir d'un maître absolu ; c'est pourquoi il n'a pas le droit de disposer des effets de

la continuation de communauté, à titre de donation pure et simple envers des tiers.... il a seulement sur lesdits biens le pouvoir d'un administrateur *cum libera*.... il peut en conséquence disposer de tous les effets de la continuation de communauté, tant pour sa part que pour celle des héritiers du prédécédé, à quelque titre que bon lui semble, sauf le titre de donation, qui lui est interdit.» (*Traité de la Communauté*, part. VI, ch. I, sect. VI, n° 853.)

Je n'admets pas ce système de continuation de communauté (*infra*, n° 293) ni dès lors la conséquence qu'on pourrait ici en déduire ; et je pense qu'il importe de distinguer entre le mari et la femme.

Quant à la femme, je n'hésite pas à croire qu'elle ne peut pas faire des actes d'aliénation, sans être autorisée par justice : 1° Il est impossible de lui accorder sur les biens de la communauté, et *a fortiori* sur les biens propres du mari, plus de droits qu'elle n'en a sur ses biens personnels ; or, la femme a besoin d'autorisation même pour disposer de ses immeubles propres (art. 222, *supra*, n° 266) ; donc, cette autorisation lui est également nécessaire pour aliéner les immeubles de la communauté ; 2° les envoyés provisoires ne peuvent pas aliéner sans certaines formalités (*supra*, n° 111) ; or, quel est, à vrai dire, le titre de la femme ? elle *prend* une administration, qui régulièrement ne lui appartient pas (art. 1421) ; elle va donc l'exercer pour le mari, en son nom et en qualité de mandataire ; donc, son titre est le même à cet égard que le titre des envoyés ordinaires ; 3° aussi les textes supposent-ils très-explicitement la nécessité de cette autorisation pour la femme (art. 222-1427 ; Bourges, 13 février 1830, Charne, D., 1831, II, 78 ; Orléans, 22 novembre 1850, Marcheix, Dev., 1851, II, 553 ; Delvincourt, t. I, p. 47, note 16 ; Duranton, t. I, n° 459).

Très-différente est la position du mari ! il *conserve*, lui, cette administration ; il la conserve en son propre nom,

comme un droit qui lui appartient; et son titre dès lors n'est pas le même que celui des envoyés en possession ordinaires. La loi dit que la communauté continue; or, elle ne continuerait pas à l'égard du mari présent, si ses pouvoirs n'étaient plus les mêmes; il faut donc lui reconnaître le droit d'aliéner, en sa qualité d'administrateur *cum libera;* et voilà ce qui explique pourquoi aucun texte en effet, ni dans notre titre ni ailleurs, n'altère et ne diminue, dans ce cas, ses pouvoirs. Si la déclaration d'absence avait pour résultat de modifier les pouvoirs du mari sur les biens de la communauté, la loi n'aurait pas manqué sans doute de la soumettre à la même publicité qu'elle exige, lorsqu'un jugement de séparation de biens vient changer les conventions matrimoniales (art. 1445, Code Napol. 872, Code de procéd.; Toullier, t. I, n° 469; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 550; Demante, *Encyclop.*, n° 87, et *Cours analyt.*, t. I, n° 162 *bis*, VI; comp. Bordeaux, 28 juin 1870, Thomas, Dev., 1870, II, 326).

Cette conclusion me paraît logique. Toutefois, et même en ce qui concerne le mari, on a proposé de distinguer, quant à l'effet de ses aliénations, entre les tiers, avec lesquels il a traité, et les héritiers ou autres successeurs de la femme, qui n'aurait point reparu. A l'égard des tiers, on maintient les aliénations, par le motif que le mari avait qualité, apparente au moins, pour aliéner, et que les tiers ont pu ignorer la révocation de son mandat (arg. des articles 1240 et 2009). Mais quant aux héritiers de la femme, la présomption de mort, remontant à l'époque des dernières nouvelles, a pour effet de révoquer rétroactivement le mandat du mari sur les biens de la communauté; et dès lors il est comptable envers eux, comme tout autre administrateur des biens d'un absent (Proudhon et Valette, t. I, p. 318, 319; Duranton, t. I, n° 461).

Il y a certainement du vrai dans cette distinction. Je crois aussi que la dissolution de la communauté remonte

à l'époque des dernières nouvelles de l'absent ou à celle de son décès prouvé; et voilà pourquoi la nécessité de l'inventaire est imposée indistinctement au mari comme à la femme. De là je conclus que le mari n'aura pas pu au préjudice des héritiers de la femme, donner, même à titre particulier, des effets mobiliers de la communauté. Sous ce rapport, son mandat me paraît aussi révoqué ou plutôt résolu *in præteritum* (art. 1422). Mais faut-il de plus en conclure que les aliénations à titre onéreux des immeubles devraient être également réputées faites sans mandat, de telle sorte que les héritiers de la femme pourraient par exemple demander la moitié, non pas du prix de la vente, mais de la valeur réelle de l'immeuble, s'ils prouvaient qu'elle est supérieure au prix? Voilà ce que je ne penserais pas; et à cet égard, il me paraît exact de dire que le mandat du mari n'est pas révoqué, même vis-à-vis des héritiers de la femme; je verrais donc en lui, comme dit Pothier, un administrateur *cum libera* de la communauté; et j'obligerais les héritiers de la femme à tenir pour bien faites les aliénations loyales et sincères contre lesquelles ils n'apporteraient aucune preuve de fraude.

Au reste, il n'y a aucune difficulté à appliquer à l'époux présent l'article 134, qui comprend dans ses termes mêmes l'administration légale aussi bien que l'envoi provisoire.

286. — C. Enfin, quel est le droit de l'époux sur les fruits par lui perçus depuis son option pour la continuation de la communauté?

Cette fois, nous avons un texte; l'article 127 comprend en effet, « ceux qui, par suite de l'envoi provisoire ou de « l'administration légale, auront joui des biens de l'ab- « sent.... et il résulte clairement des observations du Tribunat sur les articles 127 et 129 (*Procès-verbal du conseil d'État*, t. I, p. 334-337) que, sous le nom d'administration légale, on a désigné dans notre titre, la jouis-

sance attribuée à l'époux présent par suite de la continuation de la communauté.

Nous avons donc un texte ! Et pourtant, l'avouerai-je ? j'en suis presque à le regretter ici, autant que, dans la question qui précède, je regrettais de n'en avoir pas. Car j'oserai dire que l'application de l'article 127 à l'époux présent est si difficile et dans tous les cas si peu satisfaisante, qu'il est permis de penser qu'on ne s'est peut-être pas très-exactement rendu compte de ses conséquences et de ses résultats.

Deux hypothèses peuvent se présenter :

1° L'absent n'a pas reparu ; ses héritiers, ses légataires, l'appelé à la substitution, dont il était grevé, le donateur avec stipulation de droit de retour, le nu propriétaire du bien, dont il avait l'usufruit, etc., réclament les biens, soit en vertu de l'envoi définitif (art. 129), soit par suite du décès prouvé de l'absent (art. 130), soit même par suite de la cessation de la continuation de communauté par le décès de l'époux présent ou par toute autre cause.

L'époux présent ou ses représentants peuvent-ils alors faire contre eux la retenue des fruits, d'après l'article 127 ?

2° L'absent reparaît. L'époux présent peut-il invoquer contre son conjoint lui-même l'application de cet article ?

Première hypothèse : On considère généralement que l'article 127 est alors applicable, et que l'époux présent ou ses ayants cause peuvent exercer contre les divers ayants droit, qui réclament les biens de l'absent, la retenue des quatre cinquièmes, des neuf dixièmes ou de la totalité des fruits, suivant l'époque à laquelle s'opère la restitution des biens. (Delvincourt, t. I, p. 49, note 2 ; Toullier, t. I, n° 472 ; Duranton, t. I, n° 464 ; Proudhon, et Valette, t. I, p. 319-321 ; de Moly, n° 570 ; Demante, *Encyclop.*, n° 91.)

Ce système ne me paraît pourtant, sous aucun rapport satisfaisant; et je vais dire les motifs qui m'avaient même d'abord entraîné tout à fait dans l'opinion contraire.

Eh bien donc, ce système, je l'attaque : 1° par le texte de l'article 127; 2° par les motifs essentiels sur lesquels cet article est fondé.

Par le texte même ! — Que dit en effet l'article 127?

« Ceux qui par suite de l'envoi provisoire ou de l'ad-
« ministration légale, auront joui des biens de l'absent,
« ne seront tenus de *lui* rendre que le cinquième des re-
« venus, *s'il reparaît* avant quinze ans depuis le jour de
« sa disparition; et le dixième, *s'il ne reparaît* qu'après
« les quinze ans. »

Ainsi le texte ne s'applique qu'au cas où l'absent reparaît. Ce n'est que dans cette hypothèse, c'est envers l'absent lui-même, envers l'absent lui seul, qu'il autorise la retenue des fruits. Donc cette retenue n'est pas permise dans les autres cas. Opposera-t-on l'article 130? Mais que dit à son tour cet article? il autorise la retenue des fruits par les envoyés en possession contre les héritiers les plus proches au jour du décès prouvé! d'accord; mais de quels fruits? de ceux *acquis en vertu de l'article 127*, c'est-à-dire par conséquent acquis contre l'absent lui-même, acquis jusqu'au jour de l'ouverture de sa succession par son décès prouvé. Donc, les deux dispositions sont en harmonie l'une avec l'autre; loin de contredire l'article 127, l'article 130 s'y réfère et ne décide la question que par forme de renvoi.

Voilà bien, direz-vous, une interprétation servilement et aveuglément littérale! c'est un argument *a fortiori*, qu'il faut tirer de l'article 127! et si la retenue des fruits est permise contre l'absent lui-même, comment ne le serait-elle pas contre tous les autres ayants droit!

J'y vois, au contraire, une très-grande différence; et c'est ici que se place ma seconde objection :

Contre l'absent lui même et au profit des envoyés en possession ordinaires, je conçois la retenue des fruits : *contre l'absent*, parce qu'on a administré ses biens, qu'il avait délaissés, parce qu'il ne doit imputer qu'à lui-même la perte de ses revenus. — *Au profit des envoyés ordinaires*, parce que, appelés par la loi elle-même à exercer des droits subordonnés au décès de l'absent, ils ont pu considérer ce décès comme très-vraisemblable, et se croire déjà, pour ainsi dire, propriétaires, et dépenser en conséquence les revenus. Aussi je comprends très-bien qu'en leur faveur, la retenue des fruits augmente à mesure que l'absence se prolonge, à mesure que leur illusion et leur bonne foi deviennent ainsi de plus en plus naturelles et légitimes.

Mais telle n'est pas la position de l'époux vis-à-vis de ceux qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent ! et la retenue des fruits *contre eux* et *au profit de l'époux*, me paraît, au contraire, très-difficile à justifier.

Contre eux! parce qu'il n'y a rien à leur reprocher, parce qu'ils n'ont pas, comme l'absent, abandonné ces biens sur lesquels ils ne demanderaient pas mieux, certes, que d'exercer leurs droits, s'ils n'en étaient pas empêchés.

Au profit de l'époux! précisément parce que c'est lui qui les en empêche et qui paralyse ainsi, par son fait, l'exercice de leurs droits, parce que véritablement, d'eux à lui, dans leurs rapports réciproques, ce ne sont pas là *des biens d'absent!* Aussi voyez la contradiction et l'inconséquence qui en résultent ! Plus l'absence se prolonge, et par conséquent plus l'époux présent suspend, d'une manière peu raisonnable, la jouissance de ceux dont les droits subordonnés au décès de l'absent deviennent de jour en jour plus forts, plus néanmoins sa part dans les fruits augmente ! Cette proportion croissante, je la conçois contre l'absent et au profit des envoyés en posses-

sion ordinaires. Mais au profit de l'époux qui, précisément, devient presque de mauvaise foi, lorsqu'après une si longue absence et une si violente probabilité de décès, il s'obstine à conserver des biens, qu'il sait parfaitement appartenir à d'autres, et à l'égard desquels il ne peut se faire aucune illusion de propriété! mais contre les tiers, dont les droits, je le répète, deviennent, avec le temps, de plus en plus certains et respectables! non, je ne comprends plus cette concession de fruits, qui augmente alors précisément par les causes mêmes qui devraient la faire diminuer ou plutôt cesser entièrement!

Dira-t-on que cette part de fruits est accordée à l'époux à titre de salaire et d'indemnité pour les peines et les soins de son administration, et que la preuve en est qu'il n'a effectivement aucun droit aux fruits perçus pendant la présomption d'absence, puisque l'article 127 ne lui devient applicable que du jour où commence son *administration légale?*

Mais j'ai déjà démontré que l'article 127 repose sur un tout autre motif (*supra*, n° 120); et j'en trouve moi-même ici une preuve nouvelle. On convient généralement que l'époux présent ne peut pas invoquer l'article 127 pendant la présomption d'absence (Duranton, t. I, n° 479; Valette sur Proudhon, t. I, p. 314, note *a*); or, presque toujours c'est lui pourtant qui, pendant cette période, aura administré la communauté; donc, cette administration n'est pas un titre suffisant pour l'acquisition d'une part si considérable des revenus. Et voyez encore ce qu'il y a d'étrange ici dans cette différence, par suite de laquelle l'époux, qui ne gagnait pas les fruits pendant la présomption d'absence, à cette époque où la communauté avait toujours son existence normale, l'époux, dis-je, va les gagner après le jugement de déclaration d'absence, à cette époque où la communauté, déjà menacée, ne subsiste plus en quelque sorte que par grâce et en attendant!

Ces motifs me paraissent si sérieux, qu'ils m'avaient fait d'abord penser qu'effectivement l'époux présent ne pouvait pas, dans ce cas, invoquer l'article 127; et je considérais que le principal avantage qui résultait pour lui, quant aux fruits, de la continuation de la communauté, était de les acquérir ou plutôt de les conserver pour cette communauté, dans le cas où l'absent reviendrait, et en empêchant les différents envois en possession provisoire, d'empêcher ainsi l'acquisition des fruits par les envoyés au préjudice de la communauté.

Mais de plus mûres réflexions m'ont ramené finalement à l'opinion contraire : 1° quel serait le résultat du système que je proposais? c'est que l'époux présent devrait restituer, dans ce cas, la totalité des fruits par lui perçus sur les biens de l'absent depuis son option pour la continuation de la communauté; or, je ne puis pas croire que la loi, en lui accordant la faveur de pouvoir continuer la communauté, n'ait voulu rien faire de plus pour lui, et qu'elle l'ait soumis à la chance très-vraisemblable de n'avoir été, pendant trente ans, que l'homme d'affaires et l'intendant des autres ayants droit; 2° il est plus probable que la loi a considéré que la possession, concédée par elle, devait être traitée en effet comme une possession légitime; que l'époux d'ailleurs avait pu espérer encore le retour de l'absent, et être ainsi de bonne foi; qu'enfin cette concession de fruits était, dans tous les cas, une compensation et une indemnité de son veuvage forcé; 3° aussi l'article 130 paraît-il bien admettre, dans la généralité de ses termes, la retenue des fruits acquis non-seulement contre l'absent lui-même et jusqu'au jour de son décès, mais aussi contre ses héritiers les plus proches à cette dernière époque, et jusqu'au jour de leur demande contre ceux qui ont obtenu l'envoi provisoire, comme héritiers plus proches à l'époque des dernières nouvelles. (Comp. Toullier, t. I, n°472; Duranton, t. I, n° 464; de Moly, n° 570; Zachariæ, Aubry

et Rau, t. I, p. 554; Magnin, *des Minorités*, t. I, 105).

287. — Cette solution, du reste, me satisferait moi-même, si on ne l'appliquait qu'aux héritiers légitimes et aux légataires de l'absent. J'ai exprimé plus haut (nos 272, 273) le regret que l'époux présent ne leur eût pas été préféré, dans tous les cas, au moins pendant une certaine durée de la seconde période; et je ne me plaindrais pas de voir concéder à l'époux les fruits des biens qui doivent revenir plus tard aux légataires et aux héritiers *ab intestat*. La loi est maîtresse de ces droits-là; elle peut leur dicter ses conditions, et les faire attendre autant qu'elle le croit utile et convenable.

Mais il n'en est pas ainsi des droits qui appartiennent aux tiers, sous la condition du décès de l'absent, en vertu d'un titre irrévocable! et c'est à eux que s'appliquent, dans toute leur vérité et leur énergie, les réflexions que je viens de présenter. Serait-il possible de les séparer des héritiers *ab intestat* et des légataires? Ne serait-on pas autorisé à dire pour eux que véritablement l'époux, en conservant l'administration de leurs biens, n'a pas *joui des biens de l'absent?* (Art. 127.) Cette différence serait très-logique assurément et très-équitable. Mais je ne me crois pourtant pas autorisé à la faire, en présence des articles 124 et 127, qui n'admettent aucune distinction, et confondent, au contraire, dans la même règle, TOUS *les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent* (art. 124; Duranton, t. I, n° 456).

288. — *Deuxième hypothèse :* L'absent reparaît; l'époux présent peut-il invoquer l'article 127, et faire, contre son conjoint lui-même, la retenue des fruits?

L'explication de l'article 127 n'est pas ici plus facile que tout à l'heure; car, aux termes de l'article 1401, tout le mobilier acquis par les époux, à quelque titre que ce soit, pendant le mariage, tombant dans la communauté, on se demande à quoi servira cette attribution de fruits

à l'époux, qui ne les recevra d'une main que pour les restituer de l'autre !

Aussi plusieurs interprétations différentes ont-elles été proposées pour concilier les articles 127 et 1401 :

1° Quelques auteurs enseignent que la part des fruits attribuée à l'époux présent lui demeurera propre : il est vrai que, d'après l'article 1401, la communauté se compose de tout le mobilier acquis, à quelque titre que ce soit, par les époux pendant le mariage, et de tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages provenant de leurs biens personnels ; mais cet article lui-même excepte de la règle générale le cas où des biens meubles auraient été donnés à l'un des époux sous la condition qu'ils ne tomberont pas en communauté ; or, voilà précisément ce qu'a fait la loi par l'article 127. Elle a donné ainsi, par préciput, une portion de fruits à l'époux ; et cette dérogation au système de la communauté est fondée sur l'intérêt que mérite le conjoint présent, et aussi sur le tort de l'absent, qui n'a pas exécuté le contrat, et a privé par son fait l'association conjugale du fruit de ses travaux (Duranton, t. I, n° 464 ; de Plasman, t. I, p. 287-289 ; Magnin, *des Minorités*, t. I, 105).

Je ne partage point cet avis : d'une part, l'article 127 suppose que les fruits ont été perçus et acquis par une personne et devraient être *rendus* à une autre personne ; or, dans le cas de continuation de communauté, ce n'est pas, à vrai dire, l'époux présent, l'époux lui-même et personnellement, qui perçoit et qui acquiert les fruits, c'est la communauté elle-même ; donc, il n'y a lieu, dans ce cas, à aucune restitution par l'un, à aucune réception par l'autre ; donc l'article 127, qui règle cette hypothèse de restitution, n'est pas applicable à ce cas, où il n'y a rien à restituer à qui que ce soit. D'autre part, cette punition que la loi infligerait ainsi à l'un des époux au profit de l'autre, ne serait ni sage, puisqu'elle pourrait devenir une source de querelles, ni même le plus souvent

équitable, puisqu'il est possible que l'absent n'ait pas cessé, de son côté, d'enrichir la communauté par ses travaux, par ses spéculations, et, en tout cas, par les fruits de ses biens personnels. Aussi, je n'hésite pas à croire que l'article 127 ne déroge, en aucune façon, aux termes généraux et absolus de l'article 1401 (Delvincourt, t. I, p. 49, note 2; Valette sur Proudhon, t. I, p. 319; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 553; Bellot des Minières, *du Contrat de mariage*, t. II, p. 34 et suiv.; Rodière et Pont, *eod.*, t. I, n° 376; Dalloz, *Rec. alph.*, v° *Absence*, n° 415; Demante, t. I, n° 161 *bis*, III; Duvergier sur Toullier, t. I, n° 472, note *b*).

2° Une autre opinion distingue : l'époux présent a-t-il conservé, capitalisé les revenus? on appliquera l'article 1401; et la communauté en profitera. — Au contraire, l'époux présent a-t-il dépensé, dissipé la part de fruits que lui attribuait l'article 127? il sera, dans ce cas, dispensé de les rendre. Voilà l'immunité que l'article 127 lui accorde, non-seulement au mari, qui en avait, dans tous les cas, le pouvoir (art. 1421), mais même aussi à la femme.

Ce système ne me paraît pas non plus conforme au texte ni à la raison : — *au texte*, parce que l'article 127, encore une fois, supposant une restitution de fruits, qui devrait être faite à l'absent, par celui qui les a gagnés sur ses biens, ne peut pas s'appliquer au cas de continuation de la communauté entre les deux époux, dont l'un n'a rien à restituer à l'autre, puisque c'est la communauté qui, seule, a gagné les fruits; — *A la raison*, parce que ce système favoriserait plus la prodigalité que l'économie, et inviterait même de la sorte la femme à des habitudes de dissipation. Je ne crois donc pas que la femme, qui n'a, sur les biens de la communauté, que les pouvoirs d'un mandataire, soit dispensée de comprendre les revenus dans le compte qu'elle doit de son administration; car ces revenus sont des acquêts de com-

munauté (art. 1401; Toullier, t. I, p. 398; Valette sur Proudhon, t. I, p. 319, note *b*).

Que conclure de tout ce qui précède? c'est que véritablement l'article 127 n'a pas d'effet dans cette seconde hypothèse quant aux biens de la communauté; et c'est là une raison de plus, et très-puissante assurément, pour l'appliquer dans la première hypothèse, puisqu'il faut bien enfin lui donner un sens dans un cas ou dans l'autre!

Je dis que lorsque l'époux absent revient, l'article 127 ne produit pas d'effet, *quant aux biens de la communauté*. Mais il en est autrement à l'égard de ses biens personnels, qui, par une clause spéciale, auraient été exclus de la communauté même quant à la jouissance; comme par exemple dans le cas où la femme mariée, sous le régime dotal, avec société d'acquêts, aurait néanmoins conservé la jouissance de ses biens paraphernaux (*supra*, n° 277). Le mari, qui en prendrait l'administration, invoquerait alors, à très-bon droit, contre elle, lors de son retour, l'article 127; et il aurait ainsi gagné ses revenus, non point pour lui-même personnellement, mais pour la communauté. Cette hypothèse est la seule, à mon gré, dans laquelle l'article 127 s'applique, en ce qui concerne l'époux présent, d'une manière logique et satisfaisante.

N° 2. — *Combien de temps dure la continuation de la communauté? et comment peut-elle cesser?*

289. — Aux termes de l'article 129 :

« Si l'absence a continué pendant trente ans, depuis « l'époque à laquelle l'époux commun aura pris l'admi- « nistration des biens de l'absent, ou s'il s'est écoulé « cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, tous « les ayants droit pourront demander le partage des

« biens de l'absent et faire prononcer l'envoi en posses-
« sion définitive. »

Ainsi c'est seulement pendant la durée de la seconde période que l'époux commun en biens peut suspendre l'exercice des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent. Une fois la troisième période ouverte soit par l'expiration des trente ans depuis l'absence déclarée, soit par la révolution d'un siècle depuis la naissance de l'absent, on rentre dans les règles ordinaires de l'envoi en possession définitif. La présomption de décès est alors devenue si puissante qu'on ne pouvait plus paralyser l'exercice des droits des tiers, dont l'attente a déjà été si longue ?

290. — L'époux présent pourrait-il, sans attendre la periode de l'envoi définitif, rétracter l'option qu'il a faite pour la continuation de la communauté, et en demander lui-même la dissolution provisoire pendant la durée de la seconde période ?

Direz-vous : une offre acceptée ne peut pas, en général, être retractée, lorsqu'il en est résulté un droit au profit d'un tiers; or, la loi, au moment de la déclaration d'absence, fait une offre à l'époux; elle lui présente le choix entre l'acceptation ou la renonciation à la communauté; donc, l'époux, en acceptant cette offre, épuise son choix; donc, il s'engage à administrer la communauté jusqu'à l'envoi définitif. Pourrait-il, par exemple, se raviser, s'il avait opté pour la dissolution provisoire? non, sans doute! donc, son choix, une fois fait, est définitif. La loi a stipulé, pour ainsi dire, au nom de l'absent, à qui il importe que la continuation de la communauté empêche le plus longtemps possible le morcellement de ses biens et l'acquisition de ses revenus par les envoyés en possession.

Je ne crois pas toutefois qu'il en soit ainsi : et d'abord, quant à la femme, il n'est pas douteux que le législateur a entendu lui accorder le droit de revenir sur son op-

tion. Une disposition, présentée à la séance du 4 frimaire an x, était ainsi conçue : « La faculté accordée par cet « article ne nuit point au droit qu'a la femme de renon- « cer à la communauté, *et d'en demander la dissolution, « même après qu'elle aurait opté pour la continuation.* » Ce n'est pas là, j'en conviens, ce que la fin de l'article 124 paraît avoir principalement pour but de décider; l'objet de cette disposition finale est surtout de conserver à la femme le droit de renoncer à la communauté, à quelque époque qu'elle vienne à se dissoudre, droit qui aurait pu, dans ce cas, lui être contesté, ainsi que nous le dirons plus bas (n° 294). Mais enfin les termes de la loi sont généraux et permettent de penser qu'elle a voulu réunir, dans un texte plus bref et plus précis, la double faculté pour la femme de renoncer *à la continuation de la communauté* avant l'envoi définitif, et de renoncer *à la communauté elle-même* dans tous les cas.

Il n'est pas du tout vraisemblable d'ailleurs que la loi, en faisant cette offre à l'époux, ait voulu stipuler de lui un engagement irrévocable. C'est une faveur qu'elle lui accorde pour lui-même principalement et dans son propre intérêt, une faveur, toujours et tant que dure la continuation de la communauté; or, si tel est le vrai caractère de ce droit de l'époux, il faut en conclure qu'il peut toujours aussi et à toute époque y renoncer. Cette renonciation d'ailleurs ramène le droit commun en matière d'absence; elle ouvre l'exercice provisoire de tous les droits, que la continuation de la communauté paralysait injustement peut-être! (*supra*, n° 275). Il est donc logique et raisonnable que cette situation exceptionnelle, introduite surtout en faveur du conjoint présent, doive cesser, dès que le conjoint lui-même y renonce. Et voilà ce qui explique comment l'époux, qui aurait au contraire opté pour la dissolution provisoire de la communauté, ne pourrait certainement plus ensuite revenir sur son choix; car cette dernière détermination

a ouvert les droits des tiers, tandis que l'autre, au contraire, les avait suspendus.

Ces motifs étant les mêmes pour le mari que pour la femme, je n'hésite pas à croire qu'il pourrait aussi renoncer à la continuation de la communauté avant l'envoi définitif. On conçoit en effet très-bien que l'époux, quel qu'il soit, qui, dans l'espoir encore du retour de son conjoint, avait opté pour la continuation, se déclare ensuite pour la dissolution, lorsque toutes les probabilités attestent le décès.

Ajoutez enfin que l'option de l'époux présent pour la continuation de la communauté a pu être déterminée par des circonstances accidentelles et momentanées, par la nécessité de terminer des opérations commencées, qu'une brusque liquidation aurait compromises, ou par tout autre motif, qui pouvait rendre alors la dissolution inopportune, etc. Il était dans l'intérêt de tous que l'époux présent restât pendant quelque temps encore à la tête de la communauté ; mais il n'a pas pris pour cela l'engagement d'y rester nécessairement pendant trente ans (Proudhon et Valette, t. I, p. 315-317; Duranton, t. 1, n° 462; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 551 ; Massé et Vergé, t. I, p. 146).

291. — Il est, au reste, évident que les causes ordinaires de dissolution de la communauté doivent *a fortiori* mettre fin à cette continuation de communauté en cas d'absence. Elle cessera donc nécessairement par la mort soit de l'époux absent, si elle est prouvée, soit de l'époux présent (art. 1441).

292. — Cet article 1441 met encore la séparation de biens au nombre des causes de dissolution de la communauté en général. Cette cause est-elle applicable à à notre hypothèse? L'époux présent dilapide les biens de la communauté, il est en faillite ou en déconfiture; la part de l'époux absent dans la communauté, et même ses biens personnels sont en péril : y a-t-il un remède

Il en faut un certainement, malgré la dissidence de M. de Moly, qui enseigne, d'une manière beaucoup trop générale et, selon moi, très-inexacte, que l'*intérêt des héritiers de l'absent n'est entré pour rien dans les règles sur les effets de l'absence pendant les deux premières époques* (n° 589). Il en faut un, dis-je; car les divers intéressés ont, surtout pendant cette seconde période, un droit conditionnel; et il est impossible que la loi les ait livrés, sans secours, à la merci de l'époux, dont la fraude peut être d'autant plus à craindre que l'absence, en se prolongeant, le menace de plus en plus d'une dissolution de communauté et d'un partage. Il en faut un, d'autant plus que l'époux n'est pas tenu de fournir caution (*supra*, n° 283).

Mais quel sera ce remède? Il sera facile pour le nu-propriétaire d'un bien dont l'absent avait l'usufruit. Ce nu propriétaire pourra certainement invoquer contre l'époux présent, aussi bien et même *a fortiori* que contre l'absent lui-même, l'article 618.

Mais les autres ayants droit? Les héritiers, les légataires, les donataires de biens à venir, etc.? Je crois d'abord qu'ils pourront demander des mesures conservatoires (art. 1180) et faire condamner l'époux présent à fournir caution. Il est vrai qu'il n'y est pas obligé par la seule nature de son titre; et j'ai même pensé qu'il n'était permis en aucun cas de l'exiger de lui (*supra*, n° 283). Toutefois il faut s'entendre! En aucun cas? oui, *a priori* et tant qu'il n'y a pas donné lieu lui-même par son fait. Lors, au contraire, qu'il viole les conditions sous lesquelles il doit administrer, ce n'est qu'à lui-même qu'il doit imputer la nécessité où il est de fournir caution (arg. des articles 1188-2131).

Ne pourrait-on pas même prononcer contre lui la dissolution de la communauté, la *séparation de biens* enfin? Ceci est plus grave; mais tout en reconnaissant qu'il n'en faudrait venir qu'avec réserve à cette extrémité, et

préférer, avant tout, les mesures conservatoires, je pense que cette mesure elle-même serait dans le droit et dans le devoir des tribunaux. Est-ce le mari qui est présent? — Le droit de demander la séparation de biens a été accordé à la femme pour la garantir contre les abus de son administration exclusive et toute-puissante (art. 1421, 1422, 1443); or, cette administration reste la même, du moins à l'égard des tiers, dans les mains du mari qui continue la communauté (*supra*, nos 284, 285); donc, le remède doit aussi être accordé aux divers intéressés dans le cas d'absence. — Le droit de demander la séparation de biens est, dites-vous, personnel à la femme? (Art. 1446.) — Oui, en règle générale et dans la situation normale et ordinaire de la communauté; mais ce n'est pas dans l'hypothèse exceptionnelle de l'absence, qui a déjà, si j'osais dire ainsi, transmis, conditionnellement du moins, les droits de la femme à ses divers successeurs. Et puis d'ailleurs, il ne s'agit pas ici d'une demande en séparation de biens véritable et proprement dite; il s'agit de l'application d'une règle générale de droit, dont la séparation de biens elle-même n'est, au reste, qu'une conséquence; et cette règle, c'est que quiconque ne remplit pas les conditions sous lesquelles un droit lui est concédé, peut en général être déchu de ce droit (art. 618-1184-1612-1654, etc.); or, l'époux présent n'a évidemment le droit de continuer la communauté que sous la condition d'y apporter de la bonne foi et de ne pas mettre en péril les intérêts de ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent; donc, il peut en être déchu, s'il viole ces conditions.

Et voilà bien pourquoi cette déchéance pourrait être prononcée contre la femme elle-même, qui ne possède comme tout envoyé en possession que sous la condition de ne pas abuser des biens (comp. Demante, t. I, n° 162 *bis*, V).

N° 3 — *Quels sont les effets de la dissolution de la communauté continuée ?*

293. — La question que je propose ici est celle de savoir si la communauté sera réputée dissoute *ut ex tunc*, comme du jour des dernières nouvelles, ou si, au contraire, la dissolution n'aura lieu que *ut ex nunc*, à partir seulement du jour où la continuation de la communauté cessera.

Il n'est pas douteux, bien entendu, que si l'époque du décès de l'absent est prouvée, la communauté entre les époux aura nécessairement duré jusqu'à cette époque (art. 1441).

Mais il y a beaucoup de difficultés :

1° Dans le cas où aucune nouvelle de l'absent n'ayant été reçue, la continuation de la communauté a cessé par la mort de l'époux présent, par l'envoi en possession définitif, ou, avant la troisième période, par la déclaration de l'époux présent qu'il renonce à la continuation pour laquelle il avait opté ;

2° Dans le cas même du décès prouvé de l'absent, pour tout le temps pendant lequel, dans l'ignorance de ce décès, la continuation s'est encore prolongée depuis.

Trois systèmes peuvent être présentés :

1° et 2°. Les deux premiers s'accordent d'abord à enseigner que la communauté se dissout seulement *ut ex nunc ;* ils reconnaissent ensemble que la continuation de la communauté n'est point résolue *in præteritum*, et qu'elle doit, dans tous les cas, produire ses effets.

Mais ils se divisent, lorsqu'il s'agit de déterminer quels seront ces effets.

Le premier paraît voir dans la communauté, qui continue par suite de l'option de l'époux présent, une communauté ordinaire, une véritable continuation enfin de la même communauté qui existait entre les époux (Delvin-

court, t. I, p. 47, note 16; Bellot des Minières, *du Contrat de mariage*, t. II, p. 37 et suiv.).

Le second système, au contraire, professe que cette continuation n'est pas régie de tous points par les mêmes principes que la communauté ordinaire, et qu'il ne s'agit alors que de cette espèce de communauté, qui, dans l'ancien droit, se continuait entre l'époux survivant qui avait négligé de faire inventaire et les enfants mineurs de l'époux prédécédé.

On peut, dans l'intérêt de ce système, raisonner ainsi:

Les articles 124 et 126 emploient, sans les définir, les mots de *continuation de la communauté;* et au milieu des doutes et des embarras que soulève le laconisme de ces expressions équivoques, il est raisonnable de penser que le Code Napoléon les a employées dans l'acception qu'elles avaient généralement à cette époque.

Or, à cette époque, ces mots avaient une acception, pour ainsi dire, consacrée! ils désignaient la *continuation de la communauté*, qui, d'après certaines coutumes (art. 240-251 de la Coutume de Paris) avait lieu entre le conjoint survivant et les enfants mineurs du prédécédé; et c'est sous ce titre en effet que Pothier en a développé les règles dans son *Traité de la Communauté*, dont la sixième partie est intitulée: *De la continuation de la communauté*.

Donc, ces mots ont été employés dans le même sens par ces articles.

Il est essentiel de faire observer en effet que le titre de l'absence a été décrété le 15 mars 1803, c'est-à-dire à une époque où régnait encore le principe de la continuation de la communauté, qui n'a été abrogé que par l'article 1442, décrété plus tard dans le titre du contrat de mariage le 10 février 1804. Aussi voyez tous les articles de notre titre relatifs à la continuation de la communauté; il n'en est pas un seul qui l'appelle provisoire! et ceci est vraiment très-digne de remarque. Ce mot *provisoire*

qui se rencontre ici partout, que la loi ne manque jamais d'ajouter au titre des envoyés en possession, bien plus, qu'elle applique aussi *à la dissolution provisoire de la communauté* (art. 124), quand l'époux présent a fait son option en ce sens, eh bien! dis-je, ce mot, la loi ne l'applique jamais à la *continuation de la communauté!* Or, il est difficile de ne pas reconnaître dans cette différence une intention, un but; et cette intention et ce but ne peuvent être que d'annoncer ainsi que la continuation de la communauté est très-véritable, et que, quoi qu'il arrive, elle aura toujours été effectivement continuée jusqu'à l'événement, qui la fera cesser *ut ex tunc*.

Cette décision d'ailleurs est fort raisonnable; elle évite en partie les comptes si compliqués et si difficiles, auxquels donnerait nécessairement lieu une dissolution rétroactive d'après laquelle la communauté devrait être absolument partagée eu égard à son état à l'époque des dernières nouvelles de l'absent, c'est-à-dire à trente-cinq ans au moins en remontant dans le passé! Il faudra donc appliquer à notre hypothèse les règles développées par Pothier sur l'ancienne continuation de communauté (*Traité de la Communauté*, VI° partie, n°° 818-829).

3° Le troisième système, que je crois le meilleur, professe que la communauté est réputée dissoute à partir du jour des dernières nouvelles de l'absent, ou du jour de son décès, si la preuve en est faite. Et d'abord cela me paraît conforme à une règle fondamentale de notre sujet (*supra*, n° 12): c'est que l'époque choisie par la loi pour l'ouverture des droits des tiers est, dans le cas de décès prouvé, l'époque du décès, bien entendu (art. 130); et dans le cas contraire, l'époque des dernières nouvelles de l'absent (art. 120, 123, 129); c'est à ce dernier moment que se reporte invariablement la présomption de mort, lorsque l'absence a duré; donc, c'est aussi dès ce moment que la communauté doit être réputée dissoute.

Il ne me paraît nullement prouvé d'ailleurs ni même vraisemblable que les rédacteurs du Code Napoléon aient ici songé à l'ancienne continuation de communauté, telle qu'elle avait lieu autrefois sous l'empire des coutumes. La différence des hypothèses ne comportait pas cette analogie. Voyez en effet la situation qui serait faite ainsi à l'époux présent ! Tous ses acquêts à lui, toutes les successions et donations mobilières qu'il pourrait recevoir, tomberaient dans la communauté continuée; tandis que cette communauté ne pourrait plus s'augmenter ni du chef de l'époux absent, qui n'acquiert plus (art. 135, 136), ni du chef de ses héritiers présomptifs, qui, bien entendu, ne seraient pas forcés de mettre en commun leur propre fortune avec l'époux. Or ce serait là une grande, une intolérable inégalité. Je sais bien qu'il en était ainsi sous l'ancienne continuation de communauté (Pothier, *de la Communauté,* comparez n°s 825 et 829). Mais précisément cette continuation était une peine infligée à l'époux survivant, qui n'avait pas fait inventaire (Pothier, n° 771) ; tandis que l'article 124 l'offrant comme une faveur à l'époux présent n'a pas dû apparemment lui tendre un piége et lui faire une offre inacceptable.

Et puis permettriez-vous aux héritiers présomptifs mêmes du mari absent de renoncer à la continuation de la communauté, pour laquelle la femme présente aurait opté? Il le faudrait dans ce système; car les enfants mineurs du conjoint prédécédé avaient en effet ce droit, sous les anciennes coutumes (Pothier, n° 873) ; mais c'était là encore un effet de la peine qu'on infligeait à l'époux survivant, et qu'il n'est pas possible d'appliquer au conjoint dans notre hypothèse.

Enfin dans ce système, les fruits, tous les fruits perçus pendant la continuation de la communauté, en feraient partie (Pothier, n° 819) ; ils seraient ainsi communs entre les successeurs de l'époux absent et l'époux présent; et

l'article 127 ne serait alors en aucune façon applicable. Mais voici bien un autre embarras! c'est que l'article 127 qui n'est pas applicable au cas du retour de l'absent (*supra*, n° 286), ne serait en vérité jamais applicable à l'égard du conjoint administrateur légal, auquel pourtant ses termes mêmes s'appliquent! et Delvincourt en effet, qui admet dans tous les cas la continuation réelle et effective de la communauté, s'est trouvé dans l'impossibilité évidente et avouée de donner un sens à cette partie de l'article 127 (t. I, p. 49, note 2).

Je pense donc que la communauté sera réputée dissoute *ut ex tunc*, comme du jour soit du décès de l'absent, s'il est prouvé, soit de ses dernières nouvelles; et j'en conclus que l'époux présent devra garder 1° les acquêts faits par lui et ce qui lui sera échu par succession, donation ou autrement, depuis l'une ou l'autre des deux époques; 2° les fruits, en tout ou en partie, suivant les distinctions posées par l'article 127 (*supra*, n°s 287, 288; comp. Douai, 13 janv. 1865, Jourdain, Dev., 1866, II, 61).

Je termine enfin en remarquant que la loi, en obligeant l'époux présent à faire inventaire (*supra*, n° 281), lorsqu'il opte pour la continuation de la communauté, suppose, en effet, la nécessité d'un règlement et d'une liquidation de la communauté, d'après son état à cette époque (Duranton, t. I, n° 461; Proudhon et Valette, t. I, p. 318, 319, 321; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 551; Massé et Vergé, t. I, p. 146; Rodière et Pont, *du Contrat de mariage*, t. I, n° 784; Demante, t. I, n° 126 *bis*, VI, VIII et IX).

294. — Nous avons déjà dit d'ailleurs (*supra*, n° 290), que la femme, même après avoir opté pour la continuation de la communauté, n'en conserve pas moins le droit, qui lui appartient en règle générale, d'accepter ou de répudier la communauté dissoute (art. 1453 et aussi 1483).

Le Code Napoléon a cru qu'il était nécessaire de lui réserver ici spécialement ce droit, afin de prévenir des objections et des doutes. Cette faculté, exceptionnelle assurément, est en effet fondée sur ce que la femme n'a aucun pouvoir sur les biens de la communauté dont l'administration appartient exclusivement au mari (art. 1421, 1422, 1426, 1427); d'où l'on aurait pu conclure que lorsque la femme a pris elle-même l'administration de la communauté, elle devait être non recevable à y renoncer ensuite. Mais la loi a voulu au contraire que la femme pût entreprendre cette continuation de la communauté, sans en être détournée par la crainte de compromettre ainsi son droit de renonciation (Duranton, t. I, n° 463; Valette sur Proudhon, t. I, p. 315, note *a*).

Seconde hypothèse. — Option pour la dissolution provisoire de la communauté.

295. — Lorsque le conjoint présent opte pour la dissolution provisoire de la communauté, les règles ordinaires de l'envoi en possession conservent leur empire; et tous ceux qui ont des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, sont admis à les exercer provisoirement.

En conséquence, l'époux lui-même exerce, comme tous les autres, *ses reprises et tous ses droits légaux et conventionnels*. L'article 124 n'est, à cet égard, qu'une application des articles 120 et 123. La communauté est en effet provisoirement dissoute (art. 120, 1441), comme la succession de l'absent est provisoirement ouverte (art. 120, 718); et l'époux présent exerce dès lors, comme tous les autres envoyés et au même titre, les droits qu'il exercerait en cas de décès prouvé.

296. — Je dis que l'époux présent est alors lui-même un envoyé en possession provisoire; d'où il semble ré-

sulter que nous n'aurions ici qu'à nous référer aux règles précédemment exposées sur ce sujet.

On se rappelle ces trois règles principales (n° 89): 1° garanties de restitution; 2° détermination des pouvoirs; 3° attribution des fruits.

Or, l'époux optant pour la dissolution de la communauté, est un envoyé en possession provisoire;

Donc ces trois règles, par lesquelles la loi gouverne cette situation, lui sont applicables comme à tous les autres envoyés.

Cette conclusion me paraît logique et en général exacte. Pourtant il est indispensable d'entrer à cet égard dans quelques explications.

Je vais donc reprendre une à une ces trois règles, pour examiner comment elles s'appliquent, dans ce cas, à l'époux présent.

297. — 1° *Garanties de restitution.* D'après l'article 124, l'époux qui demande la dissolution provisoire de la communauté, doit *donner caution pour les choses susceptibles de restitution.*

Voilà pour la caution. Le texte est formel.

Mais l'inventaire? la vente du mobilier? l'emploi des capitaux? l'état des immeubles?

Chose étrange! l'article 126, qui recommande toutes ces mesures « à ceux qui auront obtenu l'envoi provisoire *ou à l'époux qui aura opté pour la continuation de la communauté* »; cet article ne comprend pas l'époux, qui a opté pour la dissolution provisoire. Bien plus, il semble, par cela même, l'en dispenser, 1° puisqu'il l'y soumet seulement dans le cas de continuation de la communauté... *inclusio unius est alterius exclusio*; 2° puisque, au contraire, dans le cas de dissolution provisoire, il n'exige de lui qu'une caution; ce qui paraît de plus en plus exclure l'idée que les autres mesures de garantie lui soient également applicables.

Cette différence est si bien marquée dans le texte, qu'en

vérité on est porté à croire qu'elle est effectivement intentionnelle. Et pourtant il me semble difficile de trouver, sous ce rapport, entre les deux hypothèses, un motif déterminant de cette différence.

Dira-t-on que l'époux présent ne reçoit alors que ce qui lui revient personnellement par le partage de la communauté, et que les biens, qu'il prend ainsi, sont les siens et ne sont pas *des biens d'absent?* mais est-ce que les héritiers présomptifs de l'absent ne reçoivent pas aussi leur part de la communauté au même titre? et pourtant il faut certainement qu'ils remplissent, eux, toutes les mesures exigées par l'article 126. Pourquoi donc l'époux présent, dont la position est tout à fait corrélative à celle des héritiers de l'absent, en serait-il dispensé? Et pour les gains de survie, pour le préciput qu'il exerce sur les biens mêmes de l'absent, que peut-il objecter à la nécessité de l'inventaire et de la vente, etc.?

Il me semble donc qu'en principe, en raison, l'époux présent, qui opte pour la dissolution provisoire de la communauté, doit être soumis en général aux mêmes mesures de garantie que les autres envoyés provisoires, à l'égard des choses pour la restitution desquelles il est obligé de fournir caution. L'inventaire du mobilier susceptible de restitution, n'est-il pas en quelque sorte plus nécessaire encore que la caution elle-même! car enfin, pour savoir ce que l'époux présent devra restituer, il faut bien qu'on sache ce qu'il a reçu! Aussi je ne crois pas qu'il y en ait assez dans le texte des articles 124 et 126 pour faire triompher ici l'argument *a contrario*, cet argument si peu décisif par lui-même en général! et j'aime mieux l'argument *a fortiori*, qui conclut, de ce que la caution est exigée, que l'inventaire aussi doit l'être. Après tout, l'époux est un envoyé en possession provisoire; et il faudrait une dérogation plus formell- aux règles générales, qui régissent les envoyés provie soires, pour ne pas les lui appliquer.

298. — L'article 124 porte que l'époux présent doit donner caution *pour les choses susceptibles de restitution* et la généralité un peu vague de ces mots a soulevé des embarras et des doutes.

Le but essentiel de la loi me paraît être, à cet égard, celui-ci : ne point compromettre, par le règlement provisoire auquel donne lieu la déclaration d'absence, les droits qui pourraient résulter plus tard d'un règlement définitif, auquel donnerait lieu la preuve de l'existence de l'absent ou de son décès à une autre époque que celle des dernières nouvelles. Tel est le principe et le but de toutes les mesures qui gouvernent l'envoi en possession provisoire ; et de là je déduis cette conséquence générale que lorsqu'un droit éventuel quelconque pourrait être compromis par ce règlement provisoire, il doit être garanti par la caution.

Cela posé, il y a deux cas dans lesquels je n'aperçois pas de difficulté :

D'une part, la caution est due à raison du préciput et des autres gains de survie, que l'époux présent, le mari ou la femme, exerce soit sur la part de l'absent dans la communauté, soit sur ses biens personnels ; car ces choses seraient susceptibles de restitution, s'il était prouvé que le décès de l'absent n'a eu lieu qu'à une époque à laquelle l'époux présent était lui-même déjà prédécédé.

Dans ce cas, la condition de survie, au lieu de se réaliser au profit de l'époux présent, se serait accomplie, au contraire, au profit de l'absent (articles 1039, 1089, 1093, 1517, 1525, etc.).

D'autre part, la caution n'est pas due, à l'égard des biens de l'époux présent, dont la communauté n'avait ni la propriété ni la jouissance ; comme si, par exemple, la femme s'était réservé personnellement l'administration et la jouissance de tel ou tel immeuble, elle ne devrait point caution à raison de cette chose, qui ne serait, en aucun cas, susceptible de restitution.

299. — Reste donc 1° la part de chacun des époux dans la communauté; 2° ses biens personnels, dont la communauté avait la jouissance.

En ce qui concerne la femme présente, je pense qu'elle doit la caution sous ce double rapport; car si le mari revenait, elle serait obligée de restituer et sa part dans la communauté et ses biens personnels; de même s'il était prouvé que le mari est décédé à une autre époque que celle de ses dernières nouvelles, il y aurait lieu à un nouveau partage, par suite duquel la femme pourrait être obligée encore à faire des restitutions aux héritiers de son mari.

Dans le cas où la femme renoncerait à la communauté, la caution ne serait due que pour ses apports, si elle en avait stipulé la reprise (art. 1514) et pour ses biens personnels.

300. — Quant au mari lui-même, la question est plus délicate:

Et d'abord, pour les biens de la communauté, doit-il caution?

Non, dit un premier système: « Comment concevoir qu'il se trouve obligé de fournir caution pour rendre à sa femme, au retour de celle-ci, des biens sur lesquels il a une maîtrise entière, quand elle n'est point absente.... » (Proudhon, t. I, p. 323; Duranton, t. I, n° 470). — Cet argument est de la plus grande force. Il faut toutefois convenir que ce n'est pas seulement dans l'intérêt de l'absent lui-même et pour le cas de son retour que la caution est exigée. Proudhon, il est vrai, professe le sentiment contraire (t. I, p. 321); et Delvincourt enseigne également que *si l'époux ne revient pas, il n'y a lieu à aucune restitution* (t. I, p. 48, note 1). Mais le texte est général et ne paraît pas comporter cette restriction; la caution est exigée d'une manière absolue, et à tout événement, au profit enfin de quiconque pourrai avoir des restitutions à exiger de l'époux présent.

Une seconde opinion enseigne en conséquence que le mari doit caution même pour les biens de la communauté. En effet, s'il est prouvé que la femme est décédée à une époque postérieure à celle des dernières nouvelles, la communauté aura continué jusqu'à l'époque de son décès, et il y aura lieu à un nouveau partage; or, si depuis le partage provisoire, les biens tombés au lot des héritiers de la femme ont péri par cas fortuit, cette perte ne doit pas retomber sur eux seuls, mais sur la masse partageable, puisque tout est remis en commun ; donc, il est possible que le mari lui-même soit obligé de faire aux héritiers de la femme des restitutions sur sa part dans la communauté; donc, il doit aussi caution pour cette part (Valette sur Proudhon, t. I, p. 323, note *a*; Marcadé, art. 124, n° 29). — Mais il me semble que ce système ne répond pas à l'argument de l'opinion contraire : jusqu'au décès de la femme, la communauté a duré; or, le mari peut aliéner et dissiper, sans en rendre compte, les biens de la communauté; donc, il ne saurait être astreint à fournir caution pour cette hypothèse, puisqu'il lui suffira de répondre qu'il n'a plus les biens qu'on lui demande pour être dispensé de les rendre, et que véritablement cette liberté absolue de disposition fait qu'il n'y a pas de sa part une véritable obligation de restituer. Aussi je pense que la caution ne serait alors utile que pour le cas où il serait prouvé qu'au moment du décès de la femme, le mari avait encore les biens de la communauté, que les héritiers de la femme lui demandent de remettre en commun pour être de nouveau partagés, parce qu'en effet, à partir de ce décès, les biens étaient purement indivis, et le mari avait dès lors perdu ses pleins pouvoirs.

301. — Quant à ses biens personnels, il ne me paraît pas possible de soumettre le mari à la nécessité de fournir caution, puisqu'il peut, dans tous les cas et de la manière la plus absolue, disposer même à titre gra-

tuit, et de la propriété et *a fortiori* des revenus, dont il ne doit aucun compte à la femme ni à ses représentants.

En effet, s'agit-il des fruits perçus dans l'intervalle des dernières nouvelles à l'époque du décès prouvé de la femme? mais, dans cet intervalle, la communauté durait encore; le mari pouvait donc disposer des fruits, et il lui suffit de répondre qu'il les a dissipés! S'agit-il des fruits perçus depuis le décès de la femme jusqu'à l'époque du nouveau partage? mais alors la communauté était dissoute; et ces fruits de ses biens personnels lui appartiennent exclusivement (Valette sur Proudhon, t. I, p. 322, note *a*).

302.—2° En ce qui concerne les pouvoirs de l'époux qui a opté pour la dissolution de la communauté, il faut distinguer :

Si c'est le mari qui est présent, il ne paraît pas douteux qu'il doit avoir, dans ce cas, sur ses biens personnels et sur la part de la communauté, qui lui est échue, les mêmes droits qui lui appartiennent sur la communauté tout entière, lorsqu'il a opté pour la continuation (*supra*, n° 285; Duranton, t. I, n° 470). Il aurait donc le pouvoir de les aliéner dans tous les cas, à l'égard des tiers, sauf toutefois le compte auquel il pourrait être tenu envers les héririers de la femme, à raison des aliénations qu'il aurait consenties depuis la dissolution réelle de la communauté par la mort prouvée de celle-ci.

Si, au contraire, c'est la femme qui est présente, les mêmes motifs qui l'obligent à fournir caution pour ses biens personnels et pour sa part dans les biens de la communauté, exigent qu'elle n'ait en général d'autres pouvoirs d'administration que ceux qui sont accordés aux envoyés en possession provisoire (art. 125, 128); elle ne pourrait donc aliéner ni les uns ni les autres; et cette règle offre ici d'autant moins d'inconvénients,

que la femme ne pourrait, en tous cas, aliéner sans l'autorisation de la justice, et que le tribunal pourra dès lors accorder ou refuser l'autorisation, suivant que la cause de l'aliénation lui paraîtra plus ou moins fondée et légitime.

303. — 3° Enfin, en ce qui concerne l'application de l'article 127 à l'époux qui a opté pour la dissolution provisoire de la communauté, nous ne pouvons que nous référer à la distinction proposée plus haut (nos 286-288).

Quant aux fruits perçus jusqu'à la dissolution réelle de la communauté par la mort prouvée de l'époux absent, l'article 1401 sera applicable. La retenue autorisée par l'article 127 n'aura donc lieu qu'à l'égard des fruits perçus depuis cette époque, c'est-à-dire au profit de l'époux présent contre les successeurs et ayants cause de l'époux prédécédé.

Troisième période. — Envoi en possession définitif.

304. — Une fois cette période arrivée, aucun obstacle résultant des conventions matrimoniales ne peut désormais arrêter le libre cours des envois en possession définitifs (art. 129). Je ne dis pas cela, bien entendu, pour ceux des régimes qui se trouvent nécessairement dissous eux-mêmes dès la déclaration d'absence et par l'effet des envois en possession provisoire. Je parle de la communauté, dont la dissolution s'opère alors aussi définitivement, soit que l'époux présent eût opté d'abord pour la continuation, soit qu'il eût opté pour la dissolution provisoire.

La dissolution, dis-je, est définitive; et par conséquent, dès cette époque, plus de cautions (art. 129)! plus de limitation de pouvoirs (art. 125-128)! liberté enfin pour chacun, pour l'époux présent comme pour les héritiers de l'absent, de disposer de la manière la plus absolue, et même à titre gratuit, de la part de biens,

qui lui est échue par le partage de la communauté (art. 132).

305. — Mais de là peuvent résulter des conséquences très-graves.

La communauté, dissoute par l'envoi en possession définitif, a donc été partagée entre l'époux présent et les héritiers de l'époux absent. Elle se composait, par exemple, de 100 000 fr., et je suppose que le partage en a donné à chacun 50.

Voilà donc chacun maître de sa part. Or, il arrive que les uns aliènent, qu'ils font des donations, ou qu'ils administrent si mal qu'au bout de deux ou trois ans ils n'ont plus rien. Les autres, au contraire, ont bien géré leur fortune; ils l'ont conservée, améliorée même.

Dans cet état, l'époux absent revient, ou il est prouvé qu'il n'est mort que depuis l'envoi définitif!

Je demande alors :

1° Si la communauté est réputée n'avoir jamais été dissoute, lorsque c'est l'absent qui revient, ou n'avoir été dissoute qu'à dater du jour de son décès, lorsque c'est son décès qui est prouvé.

2° En cas d'affirmative, quel va être, entre les parties, l'effet du partage qui a eu lieu antérieurement?

Et d'abord, la dissolution de la communauté opérée par l'envoi en possession définitif est-elle maintenue! Delvincourt enseigne que « si l'époux a opté dans le principe pour la dissolution de la communauté, et qu'elle ait été en conséquence partagée entre tous les ayants droit, la preuve du décès survenue depuis ne doit pas la faire revivre jusqu'au moment dudit décès.... que cela serait le plus souvent impossible.... » (T. I, p. 47, note 16.) — Mais cette opinion ne me paraît pas devoir être suivie. L'article 1441 détermine et précise les causes de dissolution de la communauté; on ne saurait en admettre d'autres sans violer la règle fondamentale en cette matière, que les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir

aucun changement après la célébration du mariage (art. 1395). Si l'époux absent revient, sur quoi fonder le maintien de la dissolution de la communauté? sur les articles 129 et 132? sur les effets de l'envoi définitif? Mais nous avons vu qu'il n'y a rien de précisément définitif contre l'absent lui-même (*supra*, n° 151), et que les effets de l'absence doivent cesser, dès que l'absent reparaît. — S'il en est ainsi, lorsqu'il revient, la décision doit être inévitablement la même en cas de décès prouvé; car la communauté a réellement duré tant qu'il a vécu; or, ses héritiers le représentent et peuvent exercer les droits qui lui appartenaient; donc, ils peuvent réclamer les effets de la communauté jusqu'à l'époque de son décès. Aussi l'article 130 déclare-t-il que la succession sera ouverte du jour du décès prouvé; et il est impossible de ne pas en conclure que le même événement qui ouvre alors véritablement la succession, opère seul aussi véritablement la dissolution de la communauté. Nous avons vu, en effet, que toutes les actions, qui ont pour principe et pour point de départ le décès prouvé, peuvent s'exercer même après l'envoi définitif, et que la prescription ne court alors contre elles qu'à partir du décès (*supra*, n°s 191-193).

Concluons donc que la communauté recommence avec l'absent de retour, ou plutôt qu'elle est réputée n'avoir jamais été dissoute; et qu'en cas de décès prouvé, postérieurement à l'envoi définitif, elle a duré effectivement jusqu'à l'époque du décès (*voy.* encore art. 1451, et Pothier, *Traité de la Communauté*, part. III, chap. I, n° 505).

306. — Mais alors s'élève notre seconde question : faudra-t-il donc que l'époux présent, qui aurait conservé les biens de la communauté à lui échus, supporte les pertes résultant des libéralités ou de la mauvaise gestion des envoyés en possession définitifs avec lesquels il a été forcé de la partager?

Supposons d'abord le retour de l'absent. Ses héritiers présomptifs ont donné, ont perdu les biens à eux échus dans le partage; aux termes de l'article 132, on n'a plus rien à leur demander. Est-ce que l'époux absent va néanmoins rentrer en communauté avec son conjoint comme s'il n'était rien arrivé, et pourra ensuite partager avec lui la part que l'époux présent a gardée?

Un tel résultat paraît choquant et inique; mais pourtant je n'aperçois pas le moyen d'y échapper.

Et d'abord, si c'est le mari qui était absent, ce résultat même n'est pas impossible à expliquer : 1° en effet, le mari est le chef de la communauté; il aurait pu, même présent, la dissiper, sans être tenu à aucune responsabilité (art. 1421, 1422); c'est par son fait que la moitié des biens communs est perdue; soit! mais il ne répond pas de ses faits sur les biens de la communauté; 2° voilà pourquoi la femme a le privilége de pouvoir y renoncer (art. 1453); elle y renoncera donc dans l'espèce, si elle le juge convenable.

Mais c'est la femme qui était absente! — oh! alors j'en conviens, la position du mari est très-dure! Ne pourrait-on pas dire : la femme, elle, n'a pas le droit d'engager les biens de la communauté (art. 1426, 1427); elle répond au contraire envers le mari des faits par lesquels elle pourrait la compromettre (art. 1424); or, c'est par le fait de la femme, qui s'est absentée, que la moitié de la communauté est perdue; donc elle doit en répondre envers le mari. — L'argument est spécieux; mais est-il bien véritablement fondé? Savez-vous, en effet, où il va nous conduire? Eh bien! il va nous forcer de décider que la femme, même en renonçant à la communauté, devra une récompense au mari pour la valeur des biens dissipés par ses héritiers présomptifs; cette conséquence me paraît inévitable, si on invoque l'article 1424. Or, ce serait là une autre injustice, non moins fâcheuse, en sens inverse; et il serait

par trop dur de déclarer la femme garante envers son mari, lorsque les envoyés définitifs ne sont pas garants envers elle! — Mais ne pourrait-on pas restreindre cette garantie de la femme au cas où elle accepterait la communauté? Ne pourrait-on pas alors imputer sur sa part, comme déjà reçues par anticipation, les valeurs dissipées par ses héritiers présomptifs? Je viens de le dire, ce *terme moyen* ne me paraît avoir aucune base dans la loi; car si la femme est responsable dans ce cas, elle doit l'être également dans l'autre; et si elle était réputée avoir reçu, par les mains de ses héritiers présomptifs, des biens de la communauté, il faudrait nécessairement qu'elle les rendît au mari, si elle y renonçait (art. 1492).

C'est donc là pour le mari un malheur, auquel je n'aperçois pas, dans la loi même, de remède. Eh mon Dieu! est-ce que ce malheur ne peut pas lui arriver presque de même sous les autres régimes? Il était marié sous le régime dotal ou sous le régime exclusif de la communauté; il a restitué les biens dotaux de sa femme à ses héritiers présomptifs, dès l'époque de l'envoi provisoire; et la femme revient après l'envoi définitif! La dot est perdue, elle a été dissipée par les envoyés définitifs; voilà donc le mari privé de la dot, quoique les charges du mariage recommencent.... *Il sera désormais dispensé de la rendre*, dit Proudhon! (t. I, p. 223.) — Je le crois bien, en vérité, puisqu'il l'a déjà rendue! et c'est bien le moins, apparemment, qu'il ne soit pas forcé de la restituer deux fois! Mais ne voyez-vous pas qu'il aurait le droit, au contraire, de la redemander, de la reprendre pour le temps (très-court, il est vrai, en pareil cas) de la durée que le mariage peut encore avoir. Et pourtant il en est irréparablement privé par le fait des héritiers présomptifs de la femme! (Art. 132.)

La solution que je viens d'exprimer pour le cas du retour de l'absent, me paraît, par les mêmes motifs, devoir être suivie pour le cas où il y a lieu à un nouveau

partage par suite de son décès prouvé postérieurement à l'envoi définitif. — Quoi, dites-vous, les héritiers, qui ont déjà reçu la moitié de la communauté, pourront, après l'avoir dissipée, venir demander contre le mari le partage encore de la moitié même qui lui est échue! — Ce droit appartenait à l'époux absent au moment de son décès; or, ses héritiers le représentent; ils ont trouvé ce droit dans sa succession (art. 724); donc, ils peuvent l'exercer. La conséquence est, cette fois, presque révoltante! mais qu'y faire? Remarquez pourtant que les héritiers, à l'époque du décès, peuvent n'être pas les mêmes que ceux qui ont partagé avec le mari la communauté, comme héritiers présomptifs à l'époque des dernières nouvelles. Remarquez encore qu'il y a une sorte de réciprocité, et que si le mari avait, de son côté, perdu sa part de la communauté à lui échue par le partage antérieur, il n'en pourrait pas moins demander aussi un nouveau partage. On pourrait peut-être enfin, dans ces circonstances, examiner de plus près la conduite de celui des copartageants qui aurait dissipé sa part, et ne pas étendre l'immunité prononcée par l'article 132 jusqu'à des faits qui constitueraient des fautes graves de la part d'un bon père de famille.

Est-ce à dire que ces différentes considérations me paraissent à moi-même détruire les objections que j'ai présentées? non sans doute; et je crois qu'il est permis de conclure que ces résultats de l'article 132 ne se sont probablement pas présentés à la pensée du législateur; mais ils n'en dérivent pas moins de son texte; et il faut, dès lors, les admettre, en se félicitant seulement de l'extrême rareté de telles hypothèses.

SECTION III.

DES ENFANTS DE L'ABSENT.

307. — La loi, qui, dans tout ce titre, a pour but de pourvoir aux intérêts sans défense, ne pouvait pas manquer de se préoccuper du sort des enfants délaissés par l'absent; tel est l'objet du chapitre IV et dernier, qui détermine les mesures à prendre relativement à leur personne et à leurs biens.

Notre chapitre ne s'applique qu'aux enfants mineurs non émancipés, parce qu'en effet c'est pour eux seulement que ses dispositions sont presque dans tous les cas nécessaires (art. 372, 389, 450). Nous verrons toutefois que l'absence des père et mère peut quelquefois aussi exiger des mesures particulières, après l'émancipation et même après la majorité des enfants (*infra*, nos 332, 333).

308. — Le Code Napoléon a prévu principalement quatre hypothèses :

1° Disparition du père, la mère étant vivante et présente (art. 141).

2° Disparition du père, la mère étant déjà prédécédée (art. 142).

3° Disparition du père, la mère existant encore, mais venant à décéder ensuite (art. 142).

4° Disparition du père ou de la mère remarié (article 143).

Il sera facile, à l'aide de ces textes, de résoudre les hypothèses non prévues, et qui peuvent être encore :

5° Disparition de la mère veuve et non remariée.

6° Décès du père, avant ou depuis la disparition de la mère.

7° Disparition simultanée ou successive des père et mère, ayant des enfants mineurs issus d'un commun mariage.

309. — Nous allons examiner les mesures à prendre dans ces différentes hypothèses :

1° Pendant la présomption d'absence

2° Après l'absence déclarée.

Première période. — Présomption d'absence.

310. — *Première hypothèse :* le père disparaît.... la mère est vivante et présente.

Le Code n'a pas prévu, et nous-même nous n'avons pas mentionné ci-dessus (n° 308) l'hypothèse où la mère disparaît, le père étant vivant et présent. Le père, en effet, exerce seul l'autorité paternelle pendant le mariage (art. 372-389) ; et la disparition de la mère ne donne lieu, par conséquent, à aucune mesure spéciale. Dans le cas où, pendant le mariage, le consentement de la mère est requis en même temps que celui du père (art. 148-346), sa disparition la mettant dans l'impossibilité de manifester sa volonté, le consentement du père suffira (art. 149), avec d'autant plus de raison, lorsqu'il s'agit du mariage de l'enfant, qu'en cas de dissentiment, le consentement du père suffit (art. 148).

Il n'y avait donc pas lieu de s'occuper de cette hypothèse ; aussi le chapitre IV est-il intitulé : *De la surveillance des enfants mineurs* du père, *qui a disparu*. Rubrique inexacte toutefois dans sa trop grande généralité, parce que la disparition de la mère peut, dans plus d'un cas aussi, nécessiter des mesures spéciales (*infra*, n°s 325-327), et parce qu'en effet le chapitre IV lui-même s'en occupe dans l'article 143. Si la disparition de la mère est indifférente, c'est dans le cas seulement où il s'agit d'enfants d'un commun mariage, et où le père est encore vivant et présent.

311. — Revenons donc à notre première hypothèse, celle de la disparition du père, la mère étant vivante et présente :

« Si le père a disparu, laissant des enfants mineurs « issus d'un commun mariage, la mère en aura la sur- « veillance; elle exercera tous les droits du mari, quant « à leur éducation et à l'administration de leurs biens. » (Art. 141.)

Il était naturel et logique de confier alors à la mère l'éducation des enfants et l'administration de leurs biens; car, en principe, l'autorité paternelle est commune au père et à la mère (art. 372); et si le père seul en a l'exercice durant le mariage (art. 373), la mère en a du moins la survivance; et par conséquent aussi elle doit être préférée à tout autre, dès que le père ne peut plus l'exercer, par quelque cause que ce soit.

Toutefois cette situation particulière a soulevé quelques difficultés assez graves sur le caractère, sur l'étendue et les effets du pouvoir de la mère dans ce cas.

312. — Et d'abord est-ce une tutelle? La mère est-elle alors tutrice?

La tutelle et la puissance paternelle sont deux pouvoirs distincts, qui ne sont pas régis, de tous points, par les mêmes principes; c'est ainsi qu'il n'y a lieu à la nomination d'un subrogé tuteur et à l'hypothèque légale sur les immeubles du tuteur, qu'autant qu'il y a en effet tutelle (art. 430-2121; Cass., 3 déc. 1821, Marteau C. Fagniez, Sirey, 1822, I, 80, Cass., 4 juill. 1842, Alary C. Tailhafer, Dev., 1842, I, 601; comp. notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n° 374).

La différence est donc très-grande!

Malgré quelques dissidences (Proudhon, t. I, p. 306; de Moly, n° 200), je n'hésite pas à penser que la mère, dans notre hypothèse, n'est pas tutrice:

Des articles 389 et 390, il résulte que la tutelle ne commence qu'*après la dissolution du mariage arrivée par la mort naturelle ou civile de l'un des époux;* pendant le mariage, le père est administrateur des bien spersonnels

de ses enfants mineurs; mais *tuteur* dans l'acception technique de ce mot, il ne l'est pas !

Or, d'une part, durant la première période de l'absence, il n'y a pas même présomption de mort de l'absent; d'autre part, l'article 141, loin d'ouvrir la tutelle, se borne à déclarer que la mère aura *la surveillance des enfants*, et qu'elle *exercera tous les droits du mari;*

Donc, la tutelle n'est pas en effet ouverte; donc, la mère n'est pas tutrice; car c'est surtout au nom du mari lui-même que la mère exerce alors la puissance paternelle; l'article 141, en lui confiant cette espèce d'intérim, suppose sans aucun doute que le pouvoir n'a pas changé de caractère, bien plus, qu'il n'a pas véritablement cessé de résider dans la personne du mari. Ce n'est là encore qu'une mesure provisoire, comme toutes celles qu'on prend en général pendant la présomption d'absence (Delvincourt, t. I, p. 45, note 1; Toullier, t. I, n° 458; Duranton, t. I, n° 518; Demante, *Encyclop.*, n° 150, et *Cours analyt.*, t. I, n° 181 *bis*, I; Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, t. I, n° 227; Valette sur Proudhon, t. I, p. 306, note *a*; de Plasman, t. I, p. 308-312; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 569; Massé et Vergé, t. I, p. 162).

313. — Recherchons maintenant comment la mère exerce les droits du mari: 1° quant à la personne des enfants; 2° quant à l'administration de leurs biens.

1° *Quant à leur personne.*

La mère a-t-elle le droit de correction sur les enfants?

Peut-elle consentir seule à leur mariage?

Peut-elle les émanciper?

A. Le droit de correction? oui, sans doute: d'après l'article 141, la mère exerce tous les droits du mari *quant à l'éducation des enfants;* or, d'après les articles 375 et suivants, le droit de faire détenir l'enfant pendant un

temps plus ou moins long est une conséquence de la puissance paternelle, un de ses attributs, un de ses moyens d'exercice et de sanction; donc, il est compris dans ce droit de surveillance, dans cette délégation de tous les droits du mari.

De tous les droits du mari! Prenons garde pourtant. Le droit de faire détenir l'enfant est soumis à des conditions différentes, suivant qu'il est exercé par le père ou par la mère. Ainsi, tandis que le père peut, seul et par voie d'autorité, faire détenir pendant un mois l'enfant âgé de moins de seize ans (art. 376), la mère survivante, au contraire, ne peut le faire détenir qu'avec le concours des deux plus proches parents paternels, et par voie de réquisition (art. 381; comp. aussi art. 380 et 381). Eh bien donc! la mère aura-t-elle, dans notre hypothèse, un pouvoir qu'elle n'aurait pas dans le cas où le décès prouvé du mari lui aurait déféré à elle-même, et pour son propre compte, l'exercice de la puissance paternelle? cela ne serait certainement pas raisonnable; car les mêmes motifs, les mêmes craintes de faiblesse, d'influence, etc., qui ont inspiré les précautions de l'article 381, existent dans tous les cas et au même degré, lorsque la mère, par quelque motif que ce puisse être, se trouve appelée à exercer le droit de correction. — Mais, dites-vous, l'article 141 porte qu'elle *exercera tous les droits du mari!* — J'en conviens; mais il ne dit pas qu'elle les exercera nécessairement de la même manière; il lui délègue le droit de correction, le droit lui-même, et ne s'oppose pas dès lors à ce que ce droit reçoive alors dans les mains de la mère les restrictions, sans lesquelles la loi elle-même la déclare incapable de l'exercer (Duranton, t. I, n° 519; Valette sur Proudhon, t. I, p. 306; note *a;* Demante, *Encyclop.*, n° 15).

314. — B. La mère peut-elle consentir seule au mariage des enfants?

La règle générale est que le fils, avant vingt-cinq ans

accomplis, la fille, avant vingt et un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement *de leurs père et mère* (art. 148); or, l'article 141 n'y déroge pas, puisqu'il n'attribue à la mère les droits du mari qu'en ce qui concerne l'*éducation* des enfants et l'administration de leurs biens; donc, elle ne peut pas seule consentir alors au mariage. On s'explique bien d'ailleurs pourquoi la loi n'a pas déféré d'une manière absolue et nécessaire un pareil droit à la mère; car il s'agit d'un acte de la plus haute importance pour l'enfant et pour le père, soit par la perte de l'usufruit légal qui peut en résulter (art. 384-476), soit dans tous les cas par l'alliance qu'il produit avec une famille nouvelle. On s'explique, dis-je, très-bien, comment, dans de telles circonstances, dans cette première période où le retour du mari est encore espéré et même présumé, la loi n'a pas voulu investir la mère d'un tel pouvoir.

Cette argumentation me paraît bien procéder; et je crois en effet que le droit de consentir seule au mariage ne dérive pas pour la mère de l'article 141; mais j'ajoute qu'il pourrait résulter, suivant les cas, de l'article 149, qui porte que « si l'un des deux (le père ou la « mère) est mort, ou *s'il est dans l'impossibilité de mani-« fester sa volonté*, le consentement de l'autre suffit ». Car il ne faut pas non plus que les enfants puissent souffrir un dommage par l'effet de la disparition de leur père, et soient exposés à manquer un établissement sortable et avantageux. La puissance paternelle est un droit sans doute et une prérogative; mais elle est aussi un devoir, et pour ainsi dire une *fonction!* le père donc ne doit pas la déserter, surtout dans une circonstance qui intéresse la société elle-même tout entière, *quia publica nuptiarum utilitas exigit* (L. 12, § 3, ff. *de Captiv. et postlim. reversis;* L. 12, § 1, et L. 10, ff. *de Rit. nuptiarum*).

La vraie solution, celle qui concilie, dans ce cas, tous les droits et tous les intérêts, ne doit donc ni accorder

ni refuser absolument à la mère le droit de consentir seule au mariage, mais subordonner la question aux circonstances, au temps plus ou moins long écoulé depuis la disparition, etc.; ce qui me porte à dire, pour conclusion finale, qu'on ferait sagement, dans ce cas, de recourir au tribunal, par argument de l'article 112, et de faire ainsi décider que l'article 149 est applicable et que la mère seule a qualité pour consentir. Il est vrai que l'article 155 semble ne permettre de passer outre à la célébration du mariage qu'autant que l'enfant serait tenu seulement de demander le conseil de l'ascendant qui a disparu; d'où l'on pourrait conclure qu'il n'en est pas de même lors, au contraire, que l'enfant ne peut pas se marier sans le consentement de l'ascendant. Cette objection n'est pas toutefois concluante: l'article 155 prévoit, en effet, le cas d'absence déclarée aussi bien que celui de simple présomption d'absence; or, si ses dispositions étaient exclusives du cas où l'enfant à besoin du consentement de son père, il faudrait aller jusqu'à dire que, même dans le cas d'absence déclarée, le consentement de la mère ne suffit pas davantage, ce qui serait tout à fait insoutenable; donc, l'article 155 prouverait beaucoup trop, et nous verrons en effet, au titre du mariage, que la question qui nous occupe n'y a pas été nettement posée et résolue. L'article 149 reste donc avec sa disposition si simple et si vraie, qui dispense l'enfant d'obtenir le consentement, savoir : lorsqu'il lui *est impossible* de l'obtenir. C'est là une règle de nécessité, d'évidence (*voy.* aussi l'avis du conseil d'État du 4 thermidor an XIII; Demante, *Encyclop.*, n° 152; Valette sur Proudhon, t. I, p. 306, note A; Zachariæ, t. III, p. 265; Villequez, *Revue historique de Droit français et étranger*, 1856, p. 235-236).

315. — Mais ne peut-on pas même aller plus loin et autoriser la mère à constituer alors une dot aux enfants sur les biens du mari qui a disparu?

Cette question est beaucoup plus délicate.

S'agit-il, en effet, des biens de la communauté? L'article 1427 permet, il est vrai, à la femme d'en disposer pour l'établissement des enfants, en cas d'absence du mari, après y avoir été autorisée par justice. Mais ces mots : *absence du mari*, ne se réfèrent-ils pas seulement à l'absence déclarée?

S'agit-il des biens personnels du mari? Mais comment la femme aurait-elle le pouvoir de les constituer en dot, c'est-à-dire de les donner, quand l'article 141 ne lui confère que l'*administration* des biens des *enfants*, quand l'article 112 déclare qu'en ce qui concerne les biens du présumé absent lui-même, on doit se borner aux mesures d'administration absolument nécessaires. Or, une libéralité, même à titre de constitution de dot, a-t-elle jamais ce caractère? (Art. 204.) Ajoutez que pour constituer une dot, il faudra prendre connaissance des affaires du présumé absent, et dresser en quelque sorte le bilan de sa fortune; et, certes, rien n'est plus contraire au vœu de la loi qu'une telle mesure, qu'il faut surtout empêcher pendant la présomption d'absence! Ajoutez encore que, même à ce prix, et après avoir pénétré le secret de ses affaires, on est encore exposé à les mal connaître, à constituer une dot trop considérable, et à empirer ainsi la condition du présumé absent, qui peut d'un jour à l'autre reparaître grevé de dettes qu'on ignorait, de dettes contractées par lui peut-être dans le lieu où il se trouvait.

Je reconnais toute la gravité de ces motifs; et pourtant la solution contraire serait si digne de faveur, et le plus souvent si désirable, que je pense qu'elle pourrait être suivie.

Et d'abord à l'égard des biens de la communauté, rien ne prouve que l'article 1427 ait employé le mot *absence* dans son acception technique et restreinte d'absence déclarée. J'ai dit plusieurs fois qu'il s'en fallait

beaucoup que cette acception fût toujours observée dans les divers articles de nos lois (*supra*, n° 14). Il faut donc, pour en apprécier exactement l'étendue, lorsque la loi l'emploie ainsi sans le préciser, il faut, dis-je, consulter les principes particuliers du sujet auquel il est appliqué ; or, précisément il me semble qu'il est conforme aux principes de la communauté non moins qu'à la raison, d'entendre ici le mot absence dans un sens général, comprenant même l'absence présumée. Sans doute, le mari seul a le droit d'administrer la communauté (art. 1421), et la femme n'y peut prendre aucune part ; mais c'est là une règle générale qui suppose une situation régulière, la situation ordinaire et normale, où le mari se trouve en effet à la tête de la communauté, remplissant lui-même son mandat ! Que si au contraire il l'abandonne, s'il n'est plus là pour l'administrer, il faut bien alors qu'on charge quelqu'un d'y pourvoir ; et voilà ce que fait l'article 1427; or, cette nécessité est la même pendant la présomption d'absence qu'après l'absence déclarée ; donc, l'article 1427 doit s'appliquer aux deux cas. Est-ce que la femme ne pourrait pas être autorisée par justice à vendre un bien de la communauté pour payer une dette de la communauté, lors même que le mari ne serait encore qu'absent présumé ? L'affirmative me paraît certaine (arg. des art. 457, 1558, etc.) ; or, l'établissement des enfants communs n'est-il pas une dette de la communauté ? Il faut bien que la loi le considère ainsi, puisqu'elle permet au mari de disposer à cet effet des immeubles eux-mêmes (art. 1421-1439) ; et il est d'autant plus équitable d'accorder alors ce pouvoir à la femme, que d'une part, la femme, après tout, a aussi part éventuelle dans les biens communs, et d'autre part que l'autorisation de la justice offre une garantie contre les abus.

La question, j'en conviens, est beaucoup plus difficile encore à l'égard des biens personnels du mari. Mais enfin

est-ce qu'ici encore, il n'y aurait pas lieu à l'aliénation, même pendant la présomption d'absence, si elle était nécessaire pour le payement de ses dettes? — La constitution de dot n'est pas une dette! — Vous avez raison, ce n'est pas une dette civile, une dette dont l'enfant puisse réclamer l'exécution en justice (art. 204); mais n'est-ce point là du moins une sorte d'obligation naturelle, qui a sa sanction aussi dans la tendresse des père et mère, comme dans toutes les habitudes et dans toutes les convenances sociales. Voilà pourquoi l'article 511 permet aux représentants de l'interdit de pourvoir à l'établissement de ses enfants, quoiqu'il ne soit pas en général possible de faire non plus des libéralités en son nom! Mais la loi a pensé qu'on devait faire pour lui ce qu'il ferait très-vraisemblablement ou plutôt très-certainement lui-même. Eh bien! cette raison-là n'est-elle pas applicable à notre hypothèse, où le père est également dans l'impossibilité d'agir par lui-même?

Nous avons reconnu à la mère le droit de consentir seule au mariage de ses enfants (*supra*, n° 314); or cette seconde solution n'est-elle pas la conséquence de la première? et dans le cas particulièrement où la mère n'aurait pas de biens personnels, quel établissement voulez-vous qu'elle trouve pour son fils, pour sa fille surtout.... *sans dot!* — On attendra la déclaration d'absence. — Eh mon Dieu! ne sait-on pas qu'un mariage retardé de deux ou trois ans peut-être et même plus, comme il le faudrait ici, sera presque toujours un mariage manqué, un mariage impossible! Et d'ailleurs, après l'absence déclarée, les enfants eux-mêmes seront envoyés en possession provisoire des biens de leur père; mais ils ne pourront encore, à ce titre, ni les aliéner ni les hypothéquer (art. 125-128); et si les objections de l'opinion contraire sont fondées, elles se représentent absolument les mêmes après comme avant la déclaration d'absence. Sans doute le retour de l'absent est alors moins probable, la présomption

de décès est plus forte ; et cela pourra être un motif pour constituer une dot plus considérable; mais c'est là une considération de fait ; et je persiste à dire qu'en droit, si les biens personnels du mari présumé absent ne peuvent pas être constitués en dot au profit de ses enfants, ils ne peuvent pas l'être davantage après l'absence déclarée. Or, un tel résultat ne serait-il pas déplorable, puisqu'il se prolongerait ainsi pendant trente ans ! Je sais bien que l'enfant pourrait apporter en dot les biens tels qu'il les a et avec sa qualité d'envoyé provisoire (*supra*, n° 137). Mais c'est là une dot qui n'a rien de sûr, puisque l'absent peut revenir, et qui dès lors ne satisfait pas aux conditions nécessaires d'une bonne dot. qui veut avant tout de la garantie et de l'irrévocabilité (art. 1440, 1547, 1548 ; Delvincourt, t. I, p. 42, note 4).

Et si cette solution est admise pour le cas du mariage d'un enfant du présumé absent, il semble raisonnable de l'étendre aussi au cas où il s'agirait d'un établissement autrement que par mariage, comme de l'achat d'une étude d'avoué ou d'un magasin de commerce pour un enfant en âge de s'établir (Amiens, 6 août 1824, Decrouy-Chambly C. Richer, Sirey, 1826, II, 173). Mais cette interprétation devenant néanmoins ici plus contestable encore, les juges ne sauraient accorder l'autorisation, dans cette dernière hypothèse surtout, avec trop de circonspection et de réserve.

Remarquez encore, dans ce cas, la garantie qui résulte de la nécessité où serait certainement la mère d'obtenir en effet pour cet acte de disposition, l'autorisation de la justice (art. 112).

316. — C. La question de savoir si la mère peut émanciper les enfants pendant la présomption d'absence du père, me paraît d'avance résolue par les principes mêmes que je viens de présenter relativement au mariage (*supra*, n° 314).

Je ne crois pas que le droit d'émanciper résulte pour la mère de l'article 141 : 1° parce que cet article ne lui accorde l'exercice des droits du père que *quant à l'éducation*, c'est-à-dire le droit d'exercer l'autorité paternelle, et non point le droit de l'anéantir (art. 372) ; 2° parce qu'en effet, l'émancipation ayant pour conséquence de priver le père de l'usufruit légal des biens de ses enfants (art. 384), il ne convenait pas d'accorder absolument et nécessairement à la mère seule un tel pouvoir.

Mais j'ajoute en même temps que la mère peut, en vertu de l'article 477, émanciper les enfants, *à défaut du père*, et que c'est au tribunal qu'il convient d'en référer sur le point de savoir si, dans le cas de simple présomption d'absence, la condition qui attribue à la mère la faculté d'émanciper, se trouve, d'après les circonstances du fait, accomplie. Il me semble que cette solution concilie les droits du père avec ceux de la mère et des enfants, des enfants, dont il ne serait pas juste d'empêcher l'émancipation si elle pouvait leur être utile. Aussi je pense qu'ils pourraient être dans ce cas émancipés même avant dix-huit ans ; car ce n'est qu'autant que l'émancipation est accordée par le conseil de famille, qu'elle ne peut pas avoir lieu avant dix-huit ans (art. 478) ; le père ou la mère peuvent émanciper leur enfant à quinze ans ; or, c'est la mère, dans notre espèce, qui est présente et qui consent à l'émancipation (Demante, *Encyclop.*, n° 152, note 2).

317. — 2° *Quant à l'administration des biens des enfants*, la mère, d'après l'article 141, exerce aussi les droits du père.

Aura-t-elle besoin de l'autorisation de justice pour tous les actes, quels qu'ils soient, de cette gestion ?

Proudhon (t. I, p. 309, 310) semble l'exiger ainsi, en n'exceptant seulement que *les actes de détail nécessaires à l'administration et à l'entretien intérieur de la famille.*

Mais je pense qu'il faut distinguer plus nettement, entre les actes d'administration en général et les actes de disposition :

La femme peut, dans tous les cas, faire les premiers sans autorisation de justice. Cette autorisation lui est au contraire nécessaire pour les autres ; et cela se comprend facilement, puisque le mari lui-même, simple administrateur qu'il est (art. 389), ne pourrait pas, ainsi que nous le verrons, consentir des aliénations seul et sans l'accomplissement de certaines conditions (*voy.* notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle,* n° 446).

Mais lorsqu'il ne s'agit que d'actes d'administration, la femme peut, dans tous les cas, les faire seule ; dans tous les cas, dis-je, lors même qu'elle serait mariée sous un régime qui ne lui permettrait pas de faire ces mêmes actes sur ses propres biens. En effet :

1° L'article 141 déclare, sans condition aucune, que la mère exercera tous les droits du père ; or, le père pouvait faire seul tous les actes d'administration.

2° Qui veut la fin, veut les moyens. La loi, confiant à la mère l'administration des biens des enfants, a dû lui rendre cette administration possible ; or, en vérité, elle ne le serait pas s'il fallait recourir successivement à la justice pour tous les actes quelconques d'administration ; donc, la loi a dû, de sa propre autorité, conférer à la mère, une fois pour toutes, ce mandat et, par suite, la capacité suffisante pour le remplir.

3° On objecterait en vain l'incapacité dont elle est frappée comme femme mariée, parce que d'une part cette incapacité ne s'étend pas nécessairement aux actes d'administration, que la femme mariée peut, dans certains cas, faire, sans aucune autorisation, sur ses propres biens (art. 223, 1449, 1538) ; et parce que, d'autre part, lorsqu'il arrive qu'elle ne peut pas les faire, c'est par suite du régime particulier auquel elle a soumis ses biens personnels dans ses rapports avec son mari, et que

dans notre hypothèse il ne s'agit ni des biens personnels de la femme, ni de ses rapports avec son mari. (Comp. notre *Traité du Mariage et de la Séparation de corps*, t. II, n° 167; Pothier, *de la Puissance du mari*, part. I, sect. II, § 5, n° 27; Duranton, t. I, n° 520; Demante, *Encyclop.*, n° 150; Valette sur Proudhon, t. I, p. 310, note *a*.)

318. — La mère aura-t-elle alors l'usufruit légal des biens de ses enfants?

Pour l'affirmative on a dit : l'usufruit légal est la compensation, l'indemnité des peines et des soins qu'exigent l'éducation des enfants et l'administration de leurs biens; or, c'est la mère qui prend alors ces soins et ces peines : donc, c'est elle qui doit en recueillir la récompense : *ubi onus, ubi emolumentum esse debet.* Il est vrai que l'article 384 accorde l'usufruit *au père durant le mariage*, et après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère; mais cet article pose seulement une règle générale, applicable à la situation ordinaire dans laquelle, en effet, le père seul exerce l'autorité sur les enfants pendant le mariage. C'est donc rentrer dans l'esprit même et dans la volonté de la loi, que d'attribuer l'usufruit à la mère, même pendant le mariage, lorsqu'elle se trouve aussi, pendant le mariage, chargée de cette autorité (Marcadé, t. I, art. 141, n° 2).

Je ne crois pas néanmoins qu'il en soit ainsi : l'article 384 attribue au père l'usufruit des biens des enfants pendant le mariage. Telle est en effet la règle générale; on prétend que notre hypothèse y fait exception. Voyons donc si cette exception résulte soit des textes, soit des principes.

Des textes : Que dit l'article 141, cet article même qui investit accidentellement la mère de l'autorité sur les enfants pendant le mariage?

« Elle exercera tous les droits du mari quant à leur « éducation *et à l'administration de leurs biens.* »

A l'*administration !* L'article n'ajoute pas : l'*usufruit légal;* or, ces mots certes ne sont pas synonymes; l'administration paternelle dure jusqu'à la majorité des enfants (art. 389-488), l'usufruit légal ne dure que jusqu'à ce qu'ils aient atteint l'âge de dix-huit ans, ou jusqu'à leur émancipation (art. 388); et non-seulement le texte n'accorde pas l'usufruit légal à la mère; mais il le lui refuse implicitement par cela même qu'il ne lui défère que l'administration des biens.

Mais, dit-on, l'usufruit est une conséquence de cette administration; il en est l'attribut et la prérogative; la loi, en déférant l'administration, accorde ainsi tacitement l'usufruit. — Je réponds 1° que l'usufruit légal n'est pas une conséquence essentielle de l'exercice de l'autorité paternelle et de l'administration des biens des enfants; qu'il en est tout au plus une conséquence naturelle et qui n'a rien de nécessaire; 2° que dans l'hypothèse spéciale où nous sommes, l'article 141, en n'attribuant pas l'usufruit légal à la mère, est conforme aux principes généraux de la présomption d'absence. N'oubliez pas, en effet, que le présumé absent ne perd rien encore, et qu'il conserve, au contraire, tous ses droits (*supra*, n°s 31 et 204). Il n'est donc pas déchu de l'autorité paternelle; c'est dans sa personne encore qu'elle réside; c'est à lui, rigoureusement et légalement, qu'appartiennent toujours l'éducation des enfants et l'administration de leurs biens; et c'est pour lui, c'est en son nom que la mère est chargée par la loi d'exercer ces droits. Ce n'est pas le droit propre et personnel de la mère qui s'ouvre. Aucun droit ne s'ouvre encore, je le répète, au préjudice du présumé absent. La mère exerce donc, en cela, un mandat, et ne peut pas dès lors réclamer, en son propre nom, la jouissance légale, qui n'a pas cessé d'appartenir au père.

Seulement, si l'absence est ensuite déclarée, la présomption de mort produira, dans ce cas comme dans

tous les autres, son effet rétroactif ordinaire (*supra*, n°s 12 et 86); le père, étant présumé mort dès le jour de ses dernières nouvelles, aura aussi effectivement perdu, dès ce jour, l'autorité paternelle; la mère en conséquence sera réputée l'avoir exercée comme un droit à elle personnel, et pourra ainsi, mais seulement dans ce cas, réclamer l'usufruit légal pendant la durée de la présomption d'absence (Proudhon, t. I, p. 341; Demante, *Encycl.*, n° 152). Telle est aussi finalement l'opinion de Duranton, qui toutefois, dès avant la déclaration d'absence, accorde l'usufruit légal à la mère, sous la condition seulement de restituer les fruits par elle perçus, si le mari reparaît (t. I, n° 521); je pense au contraire qu'elle ne peut pas disposer de ces fruits pendant la première période, et que l'usufruit légal ne lui appartient alors que sous une sorte de condition *suspensive*, et non pas *résolutoire*, comme l'enseigne Duranton. (Comp. toutefois Demante, t. I, n° 18, *bis*, I.)

319. — Tels sont les droits et les pouvoirs de la mère, dans l'hypothèse prévue par l'article 141.

Aucun texte n'exige d'ailleurs l'accomplissement d'une formalité quelconque pour qu'elle puisse prendre en main l'autorité paternelle; et cela est assez d'accord avec le principe d'après lequel la présomption d'absence n'a pas besoin d'être constatée par un jugement *ad hoc*.

Toutefois, si les tiers refusaient de reconnaître l'autorité de la mère, il faudrait bien qu'elle eût recours à la justice pour établir l'état de présomption d'absence du mari; et je crois même que ce serait là, dans tous les as, et de la part des tiers, et de la part de la mère elleême, une précaution bonne à prendre.

320. — *Deuxième hypothèse.* — Le père disparaît, la ère étant prédécédée :

« Six mois après la disparition du père, si la mère « était décédée lors de cette disparition. . . . . « la surveillance des enfants sera déférée par le conseil

« de famille aux ascendants les plus proches, ou, à leur « défaut, à un tuteur provisoire (art. 142). »

Ainsi, pendant les six premiers mois qui suivent la disparition du père, la loi n'ordonne aucune mesure; cette espèce de discrétion est fondée sur le danger qu'il y aurait à pénétrer trop tôt dans les effaires du présumé absent, qu'on peut encore espérer de voir reparaître à tout moment. Il faut toutefois bien entendre cet article. Il en résulte en effet seulement qu'il n'y aura pas lieu, avant l'expiration des six mois, à l'établissement d'une administration suivie et permanente; mais est-ce à dire que s'il y avait nécessité de pourvoir immédiatement soit aux besoins personnels des enfants pour leur éducation ou autrement, soit à l'administration de leurs biens, est-ce à dire qu'on devra même alors attendre l'expiration des six mois? Une telle conclusion ne serait pas raisonnable; et telle n'est pas certainement la pensée de la loi. L'article 112 autorise, sans aucune distinction d'époque, les mesures d'administration que la nécessité exige pour les biens personnels du présumé absent; et il en doit être ainsi, par une raison au moins égale, en ce qui concerne la personne et les biens de ses enfants. Aussi n'est-il pas douteux que le procureur impérial devra veiller particulièrement à ces intérêts si dignes de protection (art. 114; Delvincourt, t. I, p. 45, note 4; Demante, *Encycl.*, n° 156; Valette sur Proudhon, t. I, p. 307, note *a*).

321. — Après l'expiration des six mois, le conseil de famille « déférera la surveillance des enfants aux as« cendants les plus proches, ou, à leur défaut, à un tu« teur provisoire. »

Pourquoi, dans ce cas, l'intervention du conseil de famille, puisque, d'après le droit commun, les ascendants sont tuteurs légitimes, c'est-à-dire tuteurs par la seule vocation de la loi? — Pourquoi surtout l'intervention du conseil de famille, à l'effet de choisir les ascen-

dants *les plus proches?* — Enfin quel est le caractère du pouvoir déféré alors à l'ascendant?

Quelques mots sur ces trois points.

A. — D'après les articles 402, 403, la tutelle des ascendants, lorsqu'elle a lieu, appartient *de droit* à celui que la loi désigne; ce n'est que dans un cas tout particulier que l'article 404 appelle exceptionnellement le conseil de famille à choisir entre deux ascendants. D'où vient donc ici que l'article 142 charge, dans tous les cas, le conseil de famille de faire cette désignation? Il est à peu près certain que cette différence résulte uniquement de ce qu'à l'époque ou l'article 142 fut rédigé, on n'avait pas encore de parti arrêté sur la théorie des tutelles légitimes. Il est vrai que le projet de Code exigeait l'intervention du conseil de famille dans tous les cas où il y avait lieu à la tutelle légitime des ascendants; il devait alors choisir entre les ascendants du même degré et du même sexe (*Projet du Code civil*, liv. I, tit. IV, art. 31, et tit. IX, art. 20); et voilà même ce qui faisait dire alors à l'un des rapporteurs du titre de l'*Absence* (M. Leroy, de l'Orne), que « les dispositions du chapitre IV, sont concordantes avec celles du projet sur les tutelles.... » Mais au contraire on a changé définitivement de système au moment de la rédaction des articles 402-404.

De tout cela pourrait-on conclure que notre article 142 s'est trouvé ainsi lui-même, indirectement et implicitement, modifié par les articles postérieurs? Tel est en effet le sentiment de Marcadé (t. I, art. 402, n° 4). Mais je ne puis pas le partager : 1° parce qu'il n'y a, dans ce cas, ni abrogation expresse ni abrogation tacite, les articles 142 d'une part et 402 d'autre part statuant sur deux hypothèses différentes; 2° parce que l'on conçoit, à certains égards, comment la loi a pu vouloir maintenir, dans l'hypothèse spéciale de l'article 142, l'intervention du conseil de famille. Alors en effet il n'y a point encore tutelle, ainsi que je vais le prouver; et par conséquent il

n'y a lieu ni à la nomination d'un subrogé tuteur ni à l'hypothèque légale sur les immeubles de l'ascendant (art. 420, 2121); or, ce sont là des garanties que présente toujours la tutelle légitime des ascendants; donc, on a pu raisonnablement remplacer dans notre hypothèse ces garanties qui manquent, par l'intervention du conseil de famille, qui choisira du moins l'ascendant le plus intelligent et le plus solvable comme aussi le plus attaché au mineur (*voy.* encore *infra*, n° 323). Ces motifs me paraissent très-suffisants. Je ne cache pas d'ailleurs non plus ma préférence pour la tutelle déférée *cognita causa* sur la tutelle véritablement légitime et donnée d'avance à la seule proximité du degré (Demante, *Encycl.*, n° 157; Valette sur Proudhon, t. I, p. 307, note *a*).

B. — Le choix du conseil de famille est, il faut l'avouer, assez restreint, puisqu'il ne peut s'exercer qu'entre les *ascendants les plus proches*; il ne paraît pas douteux que ces mots doivent s'entendre dans le sens de la première rédaction du projet, qui attribuait au conseil de famille le choix entre les ascendants du même degré et du même sexe.

C. — Quel est enfin le caractère du pouvoir qui appartient à l'ascendant dans ce cas?

C'est une tutelle, a-t-on dit (De Moly, n° 192-200; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 569, 570; Marcadé, t. I, art. 142, n° 3); et nous savons déjà les conséquences très-graves d'une telle solution : nomination d'un subrogé tuteur, hypothèque légale (*supra*, n° 312).

Mais cette opinion ne me paraît pas fondée : le père, qui a disparu, est tuteur, puisque nous supposons la mère déjà décédée (art. 390); or, le décès du père n'est pas prouvé ni même encore présumé; donc, il n'y a pas lieu, du moins nécessairement, à son remplacement comme tuteur. Aussi l'article 142 se borne-t-il à dire que la surveillance des enfants mineurs sera déférée aux ascendants.... la surveillance et non point la tutelle! Or, il

est impossible de croire que la loi n'ait pas employé à dessein cette expression si différente.

322. — Mais, me dira-t-on, vous ne pouvez pas nier que celui auquel la tutelle est déférée, à défaut d'ascendant, ne soit effectivement tuteur; car la loi l'appelle elle-même de ce nom, or, c'est la même hypothèse que tout à l'heure, dans laquelle vous prétendiez qu'il n'y a pas lieu de remplacer le père comme tuteur, parce que son décès n'est ni prouvé ni présumé; et pourtant la loi veut qu'on nomme un *tuteur* provisoire; donc, l'argument n'est pas probant : qu'importe en effet que l'autorité sur les enfants soit confiée à un ascendant ou à un autre, soit parent, soit étranger?

Il importe beaucoup! Et cette différence dans la qualité de la personne me paraît une explication satisfaisante et raisonnable de la différence dans le caractère des deux pouvoirs : *simple surveillance* dans un cas, et véritable *tutelle* dans l'autre! Régulièrement, et d'après les principes, il n'y a pas lieu à la nomination d'un tuteur. L'application de ces principes ne présentant pas d'inconvénient, lorsque la surveillance des enfants est confiée à un ascendant dont le titre même offre des garanties à la loi, on a pu ne pas s'en écarter. C'est par cette même raison que la mère, si elle était présente, ne serait pas non plus tutrice (*supra*, n° 312). Au contraire, la loi a pu déroger au principe, lorsqu'à défaut d'ascendant, l'éducation des enfants et l'administration de leurs biens peut se trouver confiée à un parent éloigné peut-être, ou même à un étranger, et vouloir, dans ce cas, toutes les garanties de la tutelle : le subrogé tuteur et l'hypothèque légale. (Comp. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 162; Demante, t. I, n° 182 *bis*, II.)

323. — Le conseil de famille pourrait-il déterminer les conditions de la surveillance et de l'administration par lui déférées à un ascendant?... décider, par exemple, que les enfants devront recevoir telle espèce d'éducation,

être placés dans un pensionnat désigné ?... décider que les fonds appartenant aux enfants devront être employés de telle ou telle manière, d'après l'avis préalable du conseil de famille?

J'examinerai plus tard, au titre de la minorité et de la tutelle, si ce pouvoir appartient en général au conseil de famille, soit à l'égard du tuteur datif, c'est-à-dire nommé par le conseil lui-même, soit surtout à l'égard du tuteur légitime. (*Voy.* notre *Traité de la Minorité, de la Tutelle*, etc., t. I, nos 144, 145.)

Nous verrons que la jurisprudence, quoique après quelque hésitation, semblerait faire triompher l'opinion affirmative (Cass., 11 août 1818, Berdin C. Thibaut, Sirey, 1819, I, 17; Grenoble, 28 juillet 1832, Gersin C. Ballet, D., 1833, II, 29; Rouen, 30 nov. 1840, Fouquet C., Dubosc, Dev., 1841, II, 137; Rouen, 8 août 1827, Varin et Lesage, D., 1830, II. 11; Agen, 14 déc. 1830, Sotum C. Laporte, D., 1831, II, 130; Cass., 20 juill. 1842, L... C. R..., Dev., 1842, I, 587; Cass., 20 juin 1843, Royer C. Puissant, Dev. 1843, I, 651).

Cette solution, en faveur de laquelle on peut argumenter des articles 391 et 507, est toutefois très-contestable dans le système normal de la tutelle; et rigoureusement, il serait, suivant moi, plus conforme aux principes de ne point permettre au conseil de famille de modifier les pouvoirs du tuteur, tels que la loi elle-même les a faits, et de reconnaître qu'il ne peut pas plus les restreindre qu'il ne pourrait les augmenter. Je reviendrai, dis-je, sur cette grave question; mais, quelque parti qu'on prenne à cet égard, je n'hésite pas à penser que, dans notre espèce, le conseil de famille a le droit de régler les conditions de la surveillance et de l'administration qu'il défère à l'ascendant :

1° Ce n'est point là une tutelle dont les pouvoirs soient réglés d'avance et définis par la loi elle-même; c'est une surveillance dont la loi, au contraire, ne dé-

termine ni l'étendue ni les effets; il faut bien, dès lors, dans son silence, y suppléer pour le plus grand intérêt des enfants.

2° Cette solution est très-conforme à l'article 112, par lequel la loi reconnaît elle-même la toute-puissante influence des faits et des circonstances pendant la première période; or, ce qui est vrai des biens du présumé absent lui-même, est également vrai des intérêts qui lui étaient confiés, relativement à la personne et aux biens de ses enfants; donc, le conseil de famille peut voter les mesures et les conditions que la situation particulière lui paraît commander. Le tribunal en déciderait, s'il y avait contestation (arg. de l'article 507; Demante, *Encycl.*, n° 157).

324. — *Troisième hypothèse.* — Au moment où le père a disparu, la mère existait encore; mais elle vient à décéder ensuite, *avant que l'absence du père ait été déclarée.*

Cette hypothèse est très-facile et se confond avec la seconde; aussi l'article 142 les a-t-il effectivement réunies dans une même disposition.

De deux choses l'une :

Ou la mère décède avant l'expiration des six mois depuis la disparition du père, et alors il n'y a lieu à aucune mesure autre que celle que la nécessité exigerait; il faut attendre (*supra*, n° 320);

Ou la mère décède après l'expiration des six mois, et alors il y a lieu immédiatement à la nomination d'un ascendant ou d'un tuteur provisoire par le conseil de famille (*supra*, n°s 320, 323).

Voilà certainement ce que veut dire la rédaction un peu embarrassée et incorrecte de notre article 142, qui a compris les deux cas dans une même phrase; il est bien clair, en effet, que ce ne sera pas *six mois après la disparition du père* qu'il y aura lieu à ces mesures, si la mère, par exemple, ne décède qu'un an après cette disparition! (Art. 141.)

325. — Je dis qu'il y a lieu, dans ce cas, à la désignation d'un ascendant ou d'un tuteur provisoire par le conseil de famille. Supposez pourtant que la mère, qui vient de décéder, a nommé un tuteur par testament (comp. art. 397, 402, 405). La question serait la même, bien entendu, si c'était le père qui fût décédé après la disparation de la mère.

Zachariæ (t. I, p. 317) enseigne que « l'on doit concéder à l'époux présent le droit de nommer par testament un tuteur aux enfants issus de son mariage avec l'absent. »

Il est vrai que la tutelle testamentaire est préférée à la tutelle légitime des ascendants et à la tutelle dative; mais la tutelle testamentaire ne peut être déférée que *par le dernier mourant des père et mère* (art. 397); or, le décès de l'époux qui a disparu n'est ni prouvé ni même encore présumé; donc, il n'y a pas lieu à la tutelle testamentaire par le *dernier mourant.* Cet argument me paraît tout à fait en forme; et pourtant je ne nie pas combien la solution contraire pourrait être favorable; d'autant plus qu'après la déclaration d'absence on rentre, comme je le dirai bientôt, dans le droit commun des tutelles, et que par conséquent le tuteur testamentaire pourra demander alors à remplacer l'ascendant que le conseil de famille aurait nommé par préférence pendant la première période; ce qui occasionnerait un changement toujours fâcheux dans l'administration et des redditions de compte dispendieuses. Mieux vaudrait confier de suite l'administration au tuteur testamentaire, qui la garderait dans l'hypothèse, le plus souvent très-probable, où l'absence serait ensuite déclarée. — Je reconnais tout cela; mais je persiste à croire qu'en droit, d'après le texte et les principes, le moment de la tutelle testamentaire n'est pas encore venu, et que le plus qu'on pourrait faire alors serait de confier la tutelle provisoire à la personne désignée par l'époux présent décédé; mais

il faudrait pour cela qu'il n'y eût pas d'ascendant (art. 142); et même dans ce cas le conseil de famille, qui pourrait désigner cette personne, n'y serait pas nécessairement tenu.

Ces solutions ne sont pas en harmonie avec le système des tutelles, j'en conviens; et il est étrange de voir ici que le conseil de famille puisse préférer un étranger au tuteur testamentaire, tandis que d'une part il ne pourrait pas préférer un étranger à un ascendant, et que d'autre part le tuteur testamentaire est en général préféré par la loi elle-même aux ascendants, résultat qui semble violer la maxime : *Si vinco vincentem te, a fortiori te vinco.*

Mais ce résultat me paraît dériver de nos articles et de cette situation particulière telle que la loi l'a faite. Il n'y a pas encore lieu à une nomination de tuteur ! voilà la règle; et s'il est vrai que le conseil de famille doive choisir parmi les ascendants les plus proches, quand il y en a; s'il est vrai, par suite, que l'unique ascendant se trouve ainsi de plein droit surveillant légitime; il n'en faut pas moins reconnaître que ce n'est point là une tutelle encore, et que par conséquent, si favorable qu'on puisse faire la tutelle testamentaire, je le répète, il me semble que son jour n'est pas encore légalement arrivé.

326. — *Quatrième hypothèse.* — Commune au père et à la mère : l'un ou l'autre disparaît : il était remarié, ayant des enfants d'un précédent mariage :

« Il en sera de même dans le cas où l'un des époux, qui aura disparu, laissera des enfants mineurs issus d'un mariage précédent (art. 143). »

La vérité est que cette hypothèse est la même que les deux précédentes, qui nous ont représenté la disparition du père précédée ou suivie du décès de la mère. Les enfants se trouvent alors privés en même temps de la protection des deux auteurs de leurs jours; pourquoi

donc mentionner ici cette hypothèse semblable? C'est qu'elle n'est pas en effet tout à fait semblable : il y a ici un nouvel époux, un *beau-père*, ou plutôt un nouveau mari de la mère; une *belle-mère*, ou plutôt une nouvelle femme du père, et on aurait pu se demander peut-être si sa présence ne faisait pas obstacle à l'application de l'article 142. Ce doute assurément n'aurait pas été fondé, puisque ce nouvel époux n'a aucun droit ni sur la personne ni sur les biens des enfants de son conjoint; mais enfin c'est ce doute, tel quel, que l'article 143 a voulu écarter. La loi n'a pas assez de confiance dans l'affection du nouvel époux pour lui remettre de plein droit la surveillance des enfants d'un premier lit de son conjoint; nous la verrons même plus d'une fois en garde contre son influence, qui n'est pas, hélas! toujours *paternelle!* (Art. 380, 381, 386, 395, 396, 399, 400, 1098-1100.)

327. — *Cinquième hypothèse.* — La mère veuve et non remariée disparaît.

C'est l'article 142 qui est encore, sans aucun doute, appliquable; la loi elle-même l'applique à l'hypothèse où la mère veuve et remariée disparaît (art. 143); or, la présence du nouveau mari n'est d'aucune influence à cet égard en ce qui concerne les enfants du premier lit (*supra*, n° 326); donc, la loi elle-même applique virtuellement et nécessairement l'article 142 à la mère veuve et non remariée; et la raison, en effet, l'exige ainsi.

328. — *Sixième hypothèse.* — Le père était déjà décédé lors de la disparition de la mère, ou il vient à décéder ensuite.

Il est encore certain que l'article 142 est applicable : 1° L'article 143 suppose en effet implicitement que cet article 142 s'applique à la disparition de la mère aussi bien qu'à la disparition du père : « *il en sera de même* « dans le cas *où l'un des époux* qui aura disparu lais-

« sera des enfants mineurs, etc. » D'où il me semble résulter que l'article 142, dans l'hypothèse qu'il prévoit, est commun au père et à la mère, comme l'article 143 lui-même; 2° la raison et les principes ne permettraient pas, en effet, de différence entre ces deux cas.

329. — *Septième hypothèse.* — Les père et mère disparaissent soit en même temps, soit l'un après l'autre.

Même solution encore. En effet, les père et mère faisant, si je puis dire ainsi, défaut tous les deux, ce n'est pas l'un qui peut alors remplacer l'autre, et l'article 141 ne saurait ici recevoir d'application. Reste donc l'article 142, dont la prévoyance embrasse évidemment toutes les hypothèses dans lesquelles les père et mère se trouvent tous les deux, par quelque cause que ce soit, pendant la présomption d'absence, dans l'impossibilité de prendre soin de la personne et des biens de leurs enfants.

On a objecté que dans ce cas la tutelle n'est pas encore ouverte, puisque le père et la mère se trouvent seulement en état de présomption d'absence, et que la tutelle ne s'ouvre que par la mort prouvée (art. 390) ou par l'absence déclarée de l'un d'eux (Marcadé, art. 142, n° 7.) — Mais il me semble que cette objection ne saurait ébranler l'opinion qui applique l'article 142 à notre hypothèse; car l'article 142 n'organise pas en effet une véritable tutelle, il n'est qu'un mode d'application réglé d'avance de l'article 112; et sauf le cas où le conseil de famille nomme, à défaut d'ascendant, un tuteur provisoire, il n'y a pas effectivement alors de tutelle. L'objection se conçoit d'ailleurs de la part de Marcadé, qui pense que dans le cas de l'article 142, c'est toujours une véritable tutelle qui a lieu (art. 142, n°3); mais on a vu que nous n'avons pas admis non plus ce système. Ajoutez enfin que tous les motifs qui ont dicté l'article 142 existent absolument dans notre espèce (Demante, *Programme*, t. I, n° 164; *Encycl.*, n° 160).

330. — Les articles 141-143 supposent que les enfants mineurs étaient placés sous la direction du père ou de la mère qui a disparu; tel est le droit commun, et on s'explique facilement pourquoi le législateur ne s'est occupé ici que de cette hypothèse en effet la plus ordinaire.

Il est possible toutefois qu'il en soit autrement, par exemple, lorsque la mère, après le décès du père, a refusé d'accepter la tutelle (art. 394), ou même aussi lorsque le père, après le décès de la mère, en a été dispensé ou exclu (art. 427 et suiv; 442 et suiv.); on nomme alors un autre tuteur, soit parent, soit même étranger; et la disparition du père ou de la mère ne doit pas donner lieu dès lors, dans ce cas, à l'application des articles 141 et suivants.

Ce n'est qu'autant que le tuteur lui-même disparaîtrait qu'il serait nécessaire de prendre des mesures dans l'intérêt des enfants; or, le cas d'absence du tuteur en général a été prévu en ces termes pas l'article 424:

« Le subrogé tuteur ne remplacera pas de plein droit « le tuteur, lorsque la tutelle deviendra vacante, *ou qu'elle « sera abandonnée par absence;* mais il devra, en ce cas, « sous peine des dommages-intérêts qui pourraient en « résulter pour les mineurs, provoquer la nomination « d'un nouveau tuteur. »

Cet article est-il applicable seulement au cas d'*absence déclarée*?

M. de Moly enseigne l'affirmative (n[os] 196-198); le mot *absence* est employé seul dans l'article 424, et par conséquent avec son acception restreinte et spéciale; autrement il y aurait contradiction entre cet article 424 et les articles 141-143, qui, pendant la simple présomption d'absence, n'autorisent pas le remplacement du père ou de la mère comme tuteurs de leurs enfants.

Pour moi, je proposerais la distinction suivante:

S'agit-il en effet du père ou de la mère? Je crois que

les articles 141-143 sont spéciaux, et que par conséquent si après la disparition de l'un, l'autre est encore là, il n'y a, en aucun cas, lieu à tutelle (art. 141), et que si tous les deux viennent à manquer, il n'y a lieu qu'aux mesures purement provisoires ordonnées par l'article 142.

S'agit-il au contraire d'un tuteur ordinaire, d'un tuteur autre que le père ou la mère? alors je pense que l'article 424 est applicable même dès la première période de présomption d'absence, sauf au conseil de famille et au tribunal à apprécier si la disparition a déjà assez duré et paraît devoir durer encore assez longtemps pour qu'il y ait, dès à présent, nécessité de pourvoir au remplacement du tuteur (art. 112).

Et voici comment cette distinction me paraît pouvoir être justifiée :

La tutelle est tout à la fois une sorte de fonction publique et de *charge personnelle* (art. 419), qui, sous ce double rapport, exige la présence et le concours actif du tuteur lui-même; si donc il l'abandonne, s'il la déserte, l'intérêt public et privé, l'intérêt de la société et des mineurs exige que ce mandat soit confié à un autre. Tous ces ménagements et tous ces scrupules, par lesquels on temporise quand il s'agit de pénétrer dans les affaires du présumé absent lui-même, ont ici beaucoup moins de force ; ils sont dominés par une considération plus puissante, celle de rendre au contraire le plus tôt possible aux mineurs un représentant qu'il n'ont plus. Il est donc sage, il est presque nécessaire de ne point attendre pendant cinq ans pour cela ! Et voilà ce qui me fait penser que le mot *absence*, dans l'article 424, doit s'entendre de l'absence même présumée; car ce mot n'ayant pas une signification nécessaire et absolue, doit être interprété, suivant les cas, d'une manière plus ou moins restrictive, et pour le plus grand intérêt de ceux dont il s'agit.

Telle est la règle générale; j'en excepte toutefois le

père et la mère : 1° parce qu'il y a en effet des textes qui ne s'appliquent qu'à eux, et qui font ainsi, mais pour eux seulement, exception au principe posé par l'article 424 ; 2° parce que cette exception s'explique par la qualité même des père et mère, auxquels la loi prend surtout à cœur de laisser la tutelle de leurs enfants (art. 442-1° et 3° C. Nap., 34-4° et 42-6° C. pén.) ; 3° enfin parce que dès lors elle ne veut prendre, tant qu'ils ne sont que présumés absents, que des mesures provisoires qui ne leur fassent point perdre encore la tutelle (art. 142).

La faveur de cette tutelle paternelle est d'ailleurs si grande, que je crois aussi que le père ou la mère revenant même après l'absence déclarée, par conséquent après qu'un autre aurait été investi de la tutelle de leurs enfants, je crois, dis-je, qu'ils devraient la recouvrer ; cette conséquence, quoique plus difficile sans doute et plus contestable, me paraît pourtant pouvoir encore être déduite de la pensée essentielle qui a dicté à la loi tout ce chapitre spécial au père et à la mère.

Mais le tuteur ordinaire, remplacé, aux termes de l'article 424, même pendant la présomption d'absence, recouvrerait-il aussi la tutelle à son retour? Je ne le penserais pas ; c'est là un effet de l'absence qui ne serait pas détruit, parce qu'il ne concerne pas directement l'absent lui-même, parce qu'il importe de ne pas multiplier les redditions de compte et de ne pas changer trop souvent les représentants du mineur.

Je viens de dire que le mot *absence*, dans l'article 424, devait, à mon avis, s'entendre de l'absence même seulement présumée. J'irais d'ailleurs plus loin encore, et je pense que l'article 424 serait applicable à l'*absence* du tuteur, en employant ce mot dans son acception vulgaire et la plus étendue, c'est-à-dire à l'hypothèse même où l'existence du tuteur ne serait pas du tout incertaine. Un tuteur domicilié à Paris part pour les colonies, ou bien il va s'établir en pays étranger, laissant là mineur et

tutelle ! on sait parfaitement que le tuteur existe, il n'est donc pas même présumé absent ; et pourtant croyez-vous que si en effet il a abandonné la tutelle, non pas pour un simple voyage, qui ne l'éloignerait qu'accidentellement, mais pour un changement de pays et pour une espèce d'émigration, croyez-vous qu'il ne faudra pas pourvoir à son remplacement? Remarquez bien que l'article 444 ne serait pas alors directement applicable; car nous ne supposons pas d'*inconduite notoire*, ni n'*incapacité*, ni d'*infidélité*, seules causes pour lesquelles il autorise spécialement la destitution du tuteur. Mais pourtant il est indispensable de pourvoir à cette tutelle abandonnée. Eh bien ! voilà ce que fait l'article 424, qui complète, sous ce rapport, les dispositions des articles 443, 444, et qui, je le répète, pour être complet lui-même et pour atteindre son but, doit s'entendre de toute espèce d'absence, c'est-à-dire d'éloignement du tuteur. La loi romaine avait eu aussi cette prévoyance : « Præses pro« vinciæ tutores filiorum tuorum, strictioribus remediis « adhibitis, omnimodo administrationis officium compel« let agnoscere. Quod si in eadem contumacia perseve« raverint, suspectos postulare, ut alii in locum eorum « petantur non prohiberis. » (L. 3, Cod., *de Suspectis tutoribus.*)

331. — Il ne paraît pas douteux que les articles 141-143 n'ont eu en vue que les enfants légitimes, les enfants *issus d'un commun mariage* (art. 141), qui ont des *ascendants*, aux yeux de la loi (art. 142), les enfants *issus d'un mariage précédent* (art. 143), autant de mots et de pensées inapplicables aux enfants naturels reconnus.

Que faudrait-il donc décider, si le père ou la mère naturels d'un enfant mineur venait à disparaître?

Nous verrons plus tard que la loi n'a pas déterminé, d'une manière absolue et invariable, par lequel des deux du père ou de la mère naturels, ni comment serait exercée l'autorité sur l'enfant reconnu. (Comp. art. 372, 373 et

383; notre *Traité de la Minorité et de la Tutelle*, etc., t. II, nos 382 et suiv.; Caen, 27 août 1828, D.... C. G...., D., 1828, II, 246; Bruxelles, 23 déc. 1830, Jacques W.... C. N...., D., 1833, II, 211.)

C'est au tribunal qu'il appartient, en cas de contestation, d'ordonner les mesures qui lui paraissent commandées, suivant les cas, par le plus grand intérêt de l'enfant, eu égard à la position respective de ses père et mère. Or, s'il en est ainsi lorsqu'ils sont présents, *a fortiori* la même marche doit-elle être observée dans le cas de disparition de l'un ou de l'autre ou de tous les deux, puisque ce mode de procéder trouve en outre, dans ce cas particulier, un fondement de plus dans l'article 112. C'est donc au procureur impérial surtout qu'il appartiendra de requérir du tribunal telles mesures que la position des enfants exigerait; on pourra, si le père qui a disparu exerçait l'autorité sur l'enfant, en confier alors l'exercice à la mère, par argument de l'article 141; et si l'un d'eux a disparu, après le décès de l'autre, ou si l'enfant n'avait jamais été reconnu que par l'un d'eux, on pourra appliquer aussi, par analogie, l'article 142, et confier l'enfant, non pas, bien entendu, à un ascendant, puisque légalement il n'en a pas (comp. art. 148-150 et 158; joig. art. 402-404 et 756), mais à un tuteur provisoire.

332. — J'ai annoncé plus haut (n° 307), et on a reconnu maintenant que les articles 141-143 ne s'appliquent qu'aux enfants mineurs non émancipés.

La position des mineurs émancipés n'exigeait pas, en effet, nécessairement et dans tous les cas, des mesures semblables, puisqu'ils peuvent eux-mêmes, en général, se conduire et administrer leurs biens comme ils l'entendent (art. 108, 372, 384, 471, 481). Mais pourtant, dans beaucoup de circonstances encore, et des plus importantes, le mineur émancipé a besoin de l'assistance d'un curateur (art. 482-484); et le plus souvent ce sera le père ou la mère qui en remplira les fonctions.

Que faire alors, si le curateur, père, mère ou tout autre disparaît? Rien, je crois, s'il n'y a pas nécessité (art. 112), c'est-à-dire si aucune affaire du mineur émancipé n'exige actuellement l'assistance de son curateur. Que s'il se présente une occasion dans laquelle cette assistance soit nécessaire, le tribunal désignera une personne à l'effet de remplir, pour l'affaire ou les affaires qu'il croira utiles, les fonctions de curateur; je dis *le tribunal*, parce que je suppose que nous sommes encore pendant la présomption d'absence; car une fois l'absence déclarée, il me semble qu'il y aurait lieu à la nomination, une fois pour toutes, d'un autre curateur par le conseil de famille (art. 480; arg. de l'article 424).

333. — Quant aux enfants déjà majeurs, il y avait bien moins lieu encore de s'en occuper ici (art. 372-488).

Il y a deux circonstances pourtant dans lesquelles la disparition des père et mère peut donner lieu à quelque embarras, à quelque doute, en ce qui concerne les enfants majeurs. Je veux parler : 1° du mariage, 2° de l'adoption.

A. Pour le mariage, la difficulté n'est pas grande. Et d'abord, s'il s'agit d'une fille, elle n'a pas besoin, dès qu'elle a vingt et un ans, du consentement de ses père et mère pour se marier (art. 148). Il suffira donc de remplir les conditions indiquées par l'article 155, précisément pour le cas où il y a lieu d'adresser des actes respectueux à un ascendant absent soit déclaré, soit présumé.

Le fils, au contraire, tant qu'il n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, ne peut contracter mariage sans le consentement de ses père et mère (art. 148-488); mais la loi, ne pouvant pas exiger l'impossible, déclare en même temps que si l'un des deux est en effet dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté, le consentement de l'autre suffit (art. 149); que s'ils sont tous les deux

dans cette impossibilité, les aïeuls et aïeules les remplacent (art. 150); qu'enfin si tous les ascendants se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, le fils alors lui-même peut se marier à vingt et un ans, sans avoir besoin du consentement de personne (art. 160); or, l'absence soit déclarée, soit seulement présumée de l'ascendant, met l'enfant dans l'impossibilité d'obtenir son consentement; donc, les articles précités sont alors applicables. C'est la solution que j'ai déjà présentée en ce qui concerne les enfants mineurs (*supra*, n° 314); et dès lors je ne dois pas hésiter à l'appliquer *a fortiori* aux enfants majeurs.

B. L'article 346 est ainsi conçu :

« L'adoption ne pourra, en aucun cas, avoir lieu avant « la majorité de l'adopté. Si l'adopté, ayant encore ses « père et mère ou l'un des deux, n'a point accompli sa « vingt-cinquième année, il sera tenu de rapporter le « consentement donné à l'adoption par ses père et mère « ou par le survivant; et s'il est majeur de vingt-cinq « ans, de requérir leur conseil. »

Ainsi l'enfant, même majeur, ne peut pas se donner en adoption avant l'âge de vingt-cinq ans, sans le consentement de ses père et mère; et la loi est même, à cet égard, plus sévère que lorsqu'il s'agit du mariage; en effet : 1° l'article 346 est commun à la fille aussi bien qu'au fils (*voy.* au contraire, art. 148); 2° il exige le consentement des père et mère; et rien ne paraît ici autoriser à dire qu'en cas de dissentiment, le consentement du père suffirait (*voy.* au contraire art. 149). La faveur du mariage justifie d'ailleurs suffisamment ces différences.

Mais pourtant, si l'un des deux, le père ou la mère, ou même si tous les deux étaient absents, soit déclarés, soit présumés, est-ce à dire que l'enfant majeur de vingt et un ans, mais mineur de vingt-cinq ans, ne pourrait pas être adopté? Direz-vous, pour l'affirmative, que l'ar-

ticle 346 n'ajoute pas, comme les articles 149, 150 et 160, que l'enfant sera dispensé d'obtenir le consentement de ses père et mère, qui seraient dans l'impossibilité de l'exprimer, et que, bien plus, il ne se contente du consentement de l'un qu'autant qu'il est *survivant*, et que par conséquent l'autre est décédé; or, le décès de l'absent n'est pas prouvé. — Je ne puis pas néanmoins adopter cet avis : à l'impossible nul n'est tenu! et cette vérité, exprimée par les articles 149, 150 et 160, est assurément sous-entendue dans l'article 346. C'est dans leur propre intérêt aussi sans doute, dans un intérêt de tendresse et de famille, que la loi exige le consentement des père et mère à l'adoption de leur enfant, qui n'a pas encore vingt-cinq ans; mais l'intérêt de l'enfant lui-même a certes aussi préoccupé la loi, lorsqu'elle a prolongé, à cet effet, l'autorité paternelle au dela de sa durée ordinaire. C'est donc là un des devoirs de cette autorité; et par conséquent l'absence de celui qui doit le remplir, ne saurait nuire à l'enfant. N'oubliez pas que cet enfant est majeur, et que cette restriction à sa capacité générale déjà acquise, ne doit pas être étendue; la preuve en est que pour être adopté, l'enfant âgé de vingt et un ans n'a pas besoin du consentement des aïeuls ou aïeules, lorsqu'il n'a plus ses père et mère, différence qui, cette fois, est à l'avantage de l'adoption sur le mariage (comp., art. 150 et 346). Ajoutez enfin que l'adoption doit être autorisée par jugement du tribunal et par arrêt de la Cour impériale, en grande connaissance de cause, et que par conséquent la solution que je propose a cela d'utile qu'elle ne rend pas absolument impossible une adoption très-avantageuse peut-être à l'enfant, sans avoir l'inconvénient sérieux de le laisser sans protection dans une circonstance aussi grave; car les magistrats examineront les faits encore plus attentivement, s'il est possible, lorsque la disparition des père et mère privera l'enfant des conseils de leur expérience et de leur tendresse; ils

veilleront alors tout à la fois à l'intérêt de l'enfant et à celui des père et mère, qui pourraient reparaître et trouver cette adoption accomplie. (Comp. notre *Traité de l'Adoption et de la Puissance paternelle*, n° 37; Duranton, t. III, n° 289; Zachariæ, t. IV, p. 6; Odilon Barrot, *Encyclop. du Droit*, v° *Adoption*, art. 2, § 2, n° 28.)

Seconde période. — Déclaration d'absence.

334. — Tout ce que j'ai dit jusqu'à présent des enfants de l'absent ne s'applique qu'à l'hypothèse de la présomption d'absence (*supra*, n° 309).

Il nous reste à voir quelles mesures doivent être prises après l'absence déclarée.

J'ai plusieurs fois remarqué que la distinction des périodes était principalement appliquée par la loi aux biens qui appartenaient à l'absent, à l'époque de ses dernières nouvelles; aussi avons-nous rencontré des doutes et des controverses, presque chaque fois qu'il s'est agi de l'appliquer à d'autres objets (*supra*, n°s 203 et 265). En voici encore un nouvel exemple.

La question que nous avons ici à résoudre peut être posée en ces termes : après la déclaration d'absence, doit-on rentrer, à l'égard des enfants mineurs de l'absent, dans le droit commun des tutelles? et les articles 141-143 ne sont-ils applicables que pendant la présomption d'absence?

Eh bien! je dis que cette question-là n'a pas été résolue peut-être avec toute la netteté désirable.

335. — On est généralement d'accord pour reconnaître qu'il y a lieu, après l'absence déclarée, de recourir au régime ordinaire de la tutelle, dans tous les cas auxquels s'applique l'article 142, c'est-à-dire toutes les fois que l'un des deux parents, le père ou la mère, n'est plus là.

Mais on se divise dans l'hypothèse contraire (art. 141)

sur le point de savoir si la déclaration d'absence doit apporter un changement quelconque dans la nature des pouvoirs soit du père, soit de la mère, lorsque l'un d'eux est encore vivant et présent.

Examinons donc successivement les deux branches de cette distinction :

Et d'abord le droit commun, en matière de tutelle, devient-il applicable, après la déclaration d'absence, dans tous les cas où soit le père, soit la mère, n'est plus là, vivant et présent ?

L'affirmative me paraît tout à la fois conforme au texte et aux principes. Au texte : la loi, en effet, dans tout ce chapitre IV, semble prendre attentivement le soin de n'employer que des expressions qui conviennent seulement à la présomption d'absence. Voyez la rubrique : « *de la Surveillance* des enfants mineurs du père *qui a disparu....* » — Et les mots : *disparition.... disparu.... surveillance provisoire....* se rencontrent encore dans les articles 141-143. — Mais il y a bien plus ! On trouve dans l'article 142 un membre de phrase qui suppose très-explicitement que les mesures déterminées par cet article ne sont applicables en effet que pendant la première période. Écoutez :

« Six mois après la disparition du père, si la mère « était décédée lors de cette disparition, *ou si elle vient à* « *décéder avant que l'absence du père ait été déclarée*, la « surveillance des enfants sera déférée par le conseil de « famille aux ascendants les plus proches ou, à leur dé- « faut, à un tuteur provisoire. »

Donc, il n'en sera point de même, si la mère vient à décéder *après que l'absence du père aura été déclarée*; donc, l'article 142 se restreint lui-même à la présomption d'absence; donc, après l'absence déclarée, il n'est plus applicable ! Il faut dès lors conclure ou que ce membre de phrase n'a aucune espèce de sens, ou qu'il témoigne nécessairement la volonté de se référer, après la

première période, au droit commun des tutelles. Et cette conclusion était réclamée par les principes; la déclaration d'absence fait, à certains égards, prévaloir la présomption de décès, et établit une situation presque semblable à celle d'une succession déjà ouverte; or, de là résultait la nécessité d'organiser aussi, dans l'intérêt des enfants, le même pouvoir, qui serait chargé de veiller sur leur personne et sur leurs biens, si le décès de leurs père et mère était en effet prouvé. Car remarquez que l'ouverture provisoire de la succession de leur auteur absent leur attribue son patrimoine (art. 120-745); que c'est là une des causes pour lesquelles la tutelle commence après la mort de l'un des époux; et que par conséquent il était logique de la faire aussi commencer avec toutes ses garanties, et le subrogé tuteur, et l'hypothèque légale, dans le cas d'absence déclarée qui produit pour les enfants mineurs les mêmes effets que le décès, et quant à l'abandon, presque sans espoir désormais où ils se trouvent, et quant à la dévolution des biens (Delvincourt, t. I, p. 45, note 1; Proudhon et Valette, t. I, p. 311, note A; Demante, *Encyclop.*, n° 147).

336. — Reste l'hypothèse où, après la déclaration d'absence du père ou de la mère, l'autre est encore vivant et présent (art. 141).

Nous savons que, pendant la présomption d'absence ni le père ni même la mère, si c'est elle qui est présente, n'exerce alors la tutelle (*supra*, n° 312).

Mais l'absence est maintenant déclarée; l'époux présent est-il désormais tuteur légal, d'après l'article 390 ?

Trois opinions ont été proposées :

1° La première enseigne que l'article 141 continue d'être applicable après la déclaration d'absence, et que l'époux présent conserve pendant la seconde période le même titre et les mêmes pouvoirs. « Cette disposition (l'article 141), dit Duranton, a son effet non-seule-

ment durant la présomption d'absence, mais encore après que l'absence a été déclarée. » (T. I, n° 517, *voy.* toutefois *infra*, 2°.) « Je n'hésite pas à soutenir, » dit aussi M. de Plasman, « que lorsque l'un des époux est présumé absent ou *même absent déclaré*, l'époux présent n'est pas tuteur; il y a administration, mais non tutelle, et par conséquent il n'y a pas non plus subrogée tutelle. » (T. I, p. 311.)

2° La seconde opinion est d'accord avec la troisième dans tous les cas, à l'exception, d'un seul, savoir : lorsque l'époux présent commun en biens a opté pour la continuation provisoire de la communauté. Dans ce dernier cas, cette opinion soutient que l'époux présent n'est pas tuteur, même après l'absence déclarée : en effet, d'une part, la continuation provisoire de la communauté empêche la prédominance de la présomption de mort; et cela est si vrai qu'aucun des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, ne s'ouvre alors même provisoirement (art. 124); d'autre part, la tutelle et ses garanties sont dès lors beaucoup moins utiles, puisque les enfants ne sont pas appelés à recueillir encore la succession de leur auteur absent. Il y aurait quelque chose d'illogique et de contradictoire dans cette situation, si on admettait tout à la fois la continuation de la communauté, qui suppose l'existence de l'absent, et l'ouverture de la tutelle, qui suppose au contraire son décès (*voy.* encore Duranton, t. I, n° 518; Demante, *Encyclop.*, n° 147, note 1).

3° Je ne conteste pas ce qu'il y a de plausible dans la distinction qui précède; et je reconnais que l'utilité de la tutelle se fait effectivement beaucoup moins sentir, lorsque l'époux présent opte pour la continuation de la communauté. Mais néanmoins j'avoue que cette distinction ne me paraît pas suffisamment résulter soit des textes, soit des principes. — *Des textes :* l'article 141 ne renferme pas, il est vrai, lui-même, d'expressions comme

celles qui limitent l'application de l'article 142 à la présomption d'absence. Mais n'est-il pas clair pourtant que les trois articles de ce chapitre ont également en vue la même période? La preuve en résulte de toutes les expressions que nous avons déjà remarquées (*supra*, n° 335); et dès lors la phrase qui se trouve dans l'article 142, témoigne de la volonté de la loi de n'appliquer tout ce chapitre qu'à l'hypothèse de la présomption d'absence. — *Des principes :* parce que s'il est vrai que la continuation provisoire de la communauté rende alors la tutelle moins nécessaire, il s'en faut pourtant beaucoup qu'elle la rende inutile. Croyez-vous donc que la situation de ces enfants soit toujours la même que si leurs père et mère étaient encore là tous les deux, vivants et présents! Quel changement, au contraire! et d'abord, même quant aux biens de cette communauté, qui continue provisoirement, est-ce qu'il ne serait pas très-bon et très-utile de surveiller de plus près leurs intérêts? Cette communauté! mais elle sera rétroactivement dissoute, à partir du jour des dernières nouvelles, si l'absence continue; et dès lors il peut être important de protéger les droits éventuels des enfants contre l'époux présent, dont les intérêts semblent ainsi même déjà opposés aux leurs. Et puis n'est-il pas possible que les enfants aient, indépendamment des biens de la communauté, des biens personnels déjà acquis. — Oh! dans ce cas, dit-on, il y aura tutelle! (Duranton, t. I, n° 518; Marcadé, t. I, art. 143, n° 5.) — Mais il me semble que voilà bien des distinctions! et je crois qu'il est plus sûr de conclure que la loi, au contraire, ne distinguant pas, la tutelle s'ouvrira, après la déclaration d'absence, dans toutes les hypothèses possibles (comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 570).

APPENDICE.

DES DISPOSITIONS SPÉCIALES RELATIVEMENT A L'ABSENCE DES MILITAIRES ET DES PERSONNES ATTACHÉES AU SERVICE DES ARMÉES.

SOMMAIRE.

337. — Le Code Napoléon est applicable aux militaires absents, en tant que des lois spéciales n'y ont pas dérogé.

338. — 1° Quelles sont ces lois spéciales. — 2° Sont-elles encore en vigueur?

1. — Exposition des différentes lois rendues, soit avant, soit depuis la promulgation du Code Napoléon, en ce qui concerne l'absence des militaires et autres personnes attachées au service des armées.

339. — Ces lois sont au nombre de quatre.

Nos 1 et 2. — *Lois des* 11 *ventôse et* 16 *fructidor an* II.

340. — Pourquoi ces deux lois doivent-elles être réunies?

341. — A. A quelles personnes s'appliquent-elles? — B. A quels biens et à quels droits? — C. En quoi consiste l'exception qu'elles apportent aux règles du droit commun? — Enfin pendant quelle période de l'absence doivent-elles être observées?

342. — A. A quelles personnes s'applique la loi du 11 ventôse an II?

343. — B. A quels biens?... à quels droits?

344. — C. En quoi consiste l'exception apportée au droit commun par cette loi?

345. — D. Pendant quelle période de l'absence la loi du 11 ventôse an II est-elle applicable?

No 3. — *Loi du* 6 *brumaire an* V. — *Loi du* 21 *décembre* 1814.

346. — Peut-être la loi du 6 brumaire an V avait-elle poussé trop loin la prévoyance.

347. — La loi du 21 décembre 1814 a prorogé le délai accordé par la loi du 6 brumaire an V.

No 4. — *Loi du* 13 *janvier* 1817.

348. — Motifs et objet de la loi du 13 janvier 1817. — Son texte.

349. — En quoi consistent les modifications par lesquelles cette loi déroge au Code Napoléon?

349 *bis*. — Loi du 9 août 1871.

II. — Les lois précitées sont-elles encore aujourd'hui en vigueur, en tout ou en partie?

350. — La loi du 6 brumaire an V et la loi du 13 janvier 1817 sont limitées, par leurs termes mêmes, à une certaine classe de personnes et à une certaine durée de temps.

351. — *Quid*, à l'égard de la loi du 11 ventôse an II ? — A-t-elle été abrogée soit par le Code Napoléon ? — soit par la paix générale de 1815 ? — soit par la loi du 13 janvier 1817 ?

352. — Mais la loi du 11 ventôse an II a-t-elle conservé aujourd'hui le sens et l'étendue d'application qu'elle comportait antérieurement ?

353. — En résumé, quel est aujourd'hui finalement l'état de notre droit actuel relativement à l'absence des militaires et autres personnes attachées au service des armées ?

337. — Le Code Napoléon est la loi générale de tous les Français (art 7); et par conséquent le titre de l'absence, qui en fait partie, est applicable aux Français militaires comme à tous les autres.

Tel est le principe, qui devra être maintenu toutes les fois qu'une exception spéciale n'y aura pas été faite.

Notre ancien droit paraît n'en avoir fait à cet égard, aucune; et même, s'il y avait alors quelque différence entre les militaires absents et les absents non militaires, elle n'était pas à l'avantage des premiers, dont l'absence et même le décès était plus facilement présumés, à raison même des dangers auxquels la profession des armes les exposait (Pothier, *Introd. au tit.* XVII *de la Cout. d'Orléans*, sect. v, art. 1, n° 36).

338. — Cette considération est vraie, sans doute; et la vie des militaires en campagne est toujours plus menacée que celle des autres Français, voyageurs ou commerçants. — Mais, d'un autre côté, l'éloignement des militaires a un motif connu; et le défaut de nouvelles peut souvent s'expliquer ou se concevoir par les circonstances mêmes de la guerre. Et puis, quelle absence est plus digne de protection et de faveur que celle des *défenseurs de la patrie !*

Ces motifs ont donné naissance, avant et depuis la promulgation du Code Napoléon, à quelques lois spéciales relativement aux militaires et aux personnes employées à la suite des armées.

Nous avons à examiner :

1° En quoi consistent les dispositions de ces différentes lois;

2° Si elles sont encore aujourd'hui en vigueur, en tout ou en partie.

1. Exposition des différentes lois rendues soit avant, soit depuis la promulgation du Code Napoléon, en ce qui concerne l'absence des militaires et autres personnes attachées aux armées.

339. — Ces lois sont au nombre de cinq :

1° La première, du 11 ventôse an II ;

2° La seconde, du 16 fructidor an II;

3° La troisième, du 6 brumaire an V ;

4° La quatrième, du 13 janvier 1817.

5° Loi du 9 août 1871 (Dev., 1871. Lois annotées, p. 103);

Nos 1 et 2. — *Lois des 11 ventôse et 16 fructidor an II.*

340. — Je réunis ces deux lois, parce qu'elles n'en forment, à vrai dire, qu'une seule, le texte de la loi du 11 ventôse ne s'appliquait qu'aux militaires eux-mêmes, *qu'aux défenseurs de la patrie* (art. 1); et la loi du 16 fructidor suivant a eu principalement pour but de déclarer « que les dispositions de la loi du 16 ventôse concernant les défenseurs de la patrie, sont communes *aux officiers de santé et à tous autres citoyens attachés au service des armées de la république.* »

Ajoutons toutefois que la loi du 16 fructidor an II règle encore (art 2-5) les formes et les conditions de la procuration qui, aux termes de la loi du 11 ventôse (1 2), doit être envoyée par le militaire ou autre individu attaché à l'armée, lorsqu'il est averti qu'une succession lui est échue.

Cela posé, tout ce que nous dirons de la loi du 11 ventôse an II, sera dit en conséquence de la loi du 16 fructidor suivant.

341. — La loi du 11 ventôse an II est ainsi conçue :

Article 1er : « Immédiatement après l'apposition des « scellés sur les effets et papiers délaissés par les père

« et mère des défenseurs de la patrie, et autres parents,
« dont ils sont héritiers, le juge de paix, qui les a appo-
« sés, en avertira ces héritiers, s'il sait à quel corps ou
« armée ils sont attachés; il en instruira pareillement
« le ministre de la guerre; et le double de ses lettres
« sera copié à la suite de son procès-verbal, avant de le
« présenter à l'enregistrement, sans augmentation de
« droits. »

Article 2. « Le délai d'un mois expiré, si l'héritier ne
« donne pas de ses nouvelles et n'envoie pas de procu-
« ration, l'agent national de la commune dans laquelle
« les père et mère sont décédés, convoquera, sans frais,
« devant le juge de paix, la famille et, à son défaut, les
« voisins et amis, à l'effet de nommer un curateur à
« l'absent. »

Article 3. « Ce curateur provoquera la levée des scel-
« lés, assistera à leur reconnaissance, pourra faire pro-
« céder à l'inventaire et vente des meubles, en recevoir
« le prix, à la charge d'en rendre compte soit au mili-
« taire absent, soit à son fondé de pouvoir. »

Article 4. « Il administrera les immeubles en bon père
« de famille. »

A. — A quelles personnes s'applique cette loi? — B. A quels biens et à quels droits? — C. En quoi consiste l'exception qu'elle apporte aux règles du droit commun? — D. Enfin pendant quelle période de l'absence doit-elle être observée?

Questions d'autant plus intéressantes à résoudre, que cette loi est encore aujourd'hui en vigueur, comme je vais essayer de le démontrer.

342. — A. *A quelles personnes?* — Je viens de le dire, aux militaires, et aussi, d'après la loi du 16 fructidor an II, à tous les individus *attachés au service de l'armée* (art. 88 et 981, C. Nap.), de l'armée de terre ou de mer; car il y a même motif; et le texte en effet s'applique sans distinction aux *défenseurs de la patrie* (*voy.* aussi

art. 1 de la loi du 6 brumaire an v, et art 1 et 12 de la loi du 13 janvier 1817).

Il n'y a point d'ailleurs de différence à faire entre les militaires présents au corps et ceux qui en auraient été détachés et dont on n'aurait plus eu de nouvelles (Cass., 9 mars 1824, Darmay C. Garnier, D., 1824, I, 93; Bourges, 20 nov. 1826, Gillard C. Popillaud, Sirey, 1827, II, 173). N'est-ce pas même principalement dans l'intérêt de ceux-ci, que les dispositions spéciales de la loi du 11 ventôse an II ont été introduites? aussi cette loi ne doit-elle cesser d'être applicable qu'autant que l'individu au nom duquel l'application en serait réclamée, aurait légalement cessé d'être militaire ou attaché à l'armée (Cass., 9 mars 1819, Ador, Sirey, 1819, I, 343).

343. — B. *A quels biens, à quels droits?* — La loi du 11 ventôse an II ne s'occupe en aucune façon des biens qui appartenaient déjà aux militaires avant leur départ pour l'armée ou avant leur éloignement; elle ne s'applique qu'aux successions qui peuvent s'ouvrir à leur profit depuis cette époque (art. 1er); d'où il résulte que les formalités tracées par cette loi ne peuvent être en effet observées qu'à l'égard de ces successions.

Ainsi, lorsqu'il s'agit de pourvoir à l'administration des biens déjà acquis et délaissés ensuite par un militaire, c'est l'article 112 du Code Napoléon qui doit être appliqué; et les mesures provoquées par les parties intéressées seront ordonnées, suivant les circonstances, par le tribunal; de telle sorte que s'il y a lieu de nommer un curateur, ce n'est pas le conseil de famille qui sera chargé de ce soin.

Pareillement, s'il s'agit d'une succession échue au militaire avant son départ, c'est l'article 113 qui sera applicable, et non point la loi du 11 ventôse an II. Le notaire devra donc être nommé aussi par le tribunal.

La Cour de Colmar a toutefois jugé, en sens contraire, que la loi du 11 ventôse an II s'appliquait dans tous les

cas où il s'agissait de veiller pour les militaires à la conservation des intérêts qu'ils ne pouvaient pas soigner eux-mêmes (3 mai 1815, Heckman, Sirey, 1816, II, 47) :

« Considérant qu'un conseil de famille est plus à « même de discuter les intérêts d'un militaire absent et de « lui constituer un administrateur gérant sa fortune, « qu'un tribunal, qui nomme un curateur sur le simple « exposé d'un individu qui peut induire sa religion en « erreur.... »

Mais il est facile de voir que ce motif n'est autre chose que la critique des articles 112-114 du Code Napoléon, qui précisément confient cette mission au tribunal. Tel est donc certainement la règle générale ; or, la loi du 11 ventôse an II n'y déroge que pour les successions qui s'ouvrent au profit des militaires alors attachés à l'armée ; donc dans tous les autres cas, et pour tous leurs autres biens, les militaires eux-mêmes restent sous l'empire du droit commun (Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Absent*, p. 6-8).

Mais si la loi du 11 ventôse an II ne doit pas être étendue à des biens auxquels, en effet, elle ne s'applique pas, il ne faut pas non plus la restreindre et refuser de l'appliquer aux biens qu'elle a certainement voulu comprendre dans ses dispositions. Aussi je n'hésite pas à croire qu'elle s'applique non-seulement aux successions légitimes, mais, aussi, comme on l'a dit, *aux successions testamentaires*, à la donation de biens à venir ou aux legs, qui pourraient s'ouvrir au profit d'un militaire (art. 1039-1089, C. Nap.). Il est vrai que l'article 1er parle plus spécialement des successions *des père et mère des défenseurs de la patrie et des autres parents dont ils sont héritiers ;* mais d'abord ces expressions mêmes pourraient convenir à l'institution contractuelle qui aurait été faite au profit d'un militaire par un de ses parents ; et puis, où serait donc le motif de différence N'est-il pas certain que le but de la loi du 11 ventôse an II est de veiller plus spé-

cialement, dans l'intérêt des militaires, *aux droits éventuels* qui peuvent leur échoir, et de prévenir, en ce qui les concerne, les dangers auxquels le droit commun laisse les autres absents exposés (art. 135 et 136, *supra*, nº 213).

Voilà la pensée essentielle de cette loi, dont l'article 1er est plutôt une application et un exemple qu'une disposition limitative.

C'est là d'ailleurs le cas, s'il en fut jamais, d'une interprétation extensive et favorable ; aussi dirai-je encore, avec Pœdius :

« Quoties lege aliqua unum vel alterum introductum « est, bona occasio est cætera, quæ tendunt ad eamdem « utilitatem, vel interpratione, vel certe jurisdictione « suppleri. » (L. 13, ff. *de Legibus ;* Cass., 9 mars 1819, Ador, Sirey, 1819, I, 343.)

344. — C. *En quoi consiste l'exception faite au droit commun par la loi du 11 ventôse an* II?

Le droit commun, en ce qui concerne les successions et autres droits éventuels échus à un absent, nous le connaissons maintenant. D'après l'ancienne jurisprudence (*supra*, nº 3), et d'après le Code Napoléon (art. 135), celui qui prétend que l'absent existait au moment de l'ouverture du droit subordonné à la condition de son existence, doit, suivant la règle générale, fournir la preuve de cette affirmation ; jusqu'à cette preuve, il est non recevable ; et la succession ou le droit éventuel quelconque est recueilli par ceux auxquels il serait dévolu, si l'absent, en effet, n'existait plus (art. 136).

Cela posé, il s'agit de savoir sous quel rapport la loi du 11 ventôse an II déroge à ce principe.

Les termes peu explicites de la loi ont produit à cet égard beaucoup d'incertitudes et de dissidences ; et il n'est pas facile de ramener à un principe commun les systèmes et les arrêts très-divergents qui ont été exprimés et rendus sur cette question.

Il m'a paru que trois opinions se trouvent ici en présence :

La première enseigne que la loi du 11 ventôse an II ne déroge véritablement pas au droit commun, en ce sens qu'elle n'est applicable et qu'il n'y a lieu de remplir les mesures par elle prescrites, qu'autant que l'existence du militaire n'est pas méconnue. Quel est le but de cette loi ? c'est de veiller aux intérêts des militaires dans les successions qu'ils sont appelés à recueillir. La loi suppose que les militaires sont *héritiers* (art. 1er) ; et c'est dans cette supposition qu'elle ordonne certaines mesures conservatoires ; or, rien dans cette loi ne déroge au droit commun, suivant lequel le militaire, pas plus que tout autre, ne peut recueillir une succession qu'autant que son existence est prouvée ; donc, l'exécution de la loi du 11 ventôse est subordonnée, avant tout, à la condition que le militaire sera *héritier* ; et, encore une fois, il ne peut l'être que suivant les conditions du droit commun, auxquelles elle n'a pas dérogé. L'article 113 du Code Napoléon ordonne aussi certaines mesures pour le cas où un présumé absent est intéressé dans une succession ; en concluez-vous que les présumés absents peuvent recueillir des successions, lors même que leur existence serait méconnue, et qu'en conséquence l'article 135 ne s'applique pas pendant la présomption d'absence ? non, sans doute (*supra*, n° 203). Eh bien ! il en est de même de la loi du 11 ventôse an II ; elle a le même objet et le même but que l'article 113 ; elle ne change pas plus que lui le fond même du droit et l'ordre de dévolution ; seulement, et pour le cas où le militaire est en effet *héritier*, parce que son existence n'est pas méconnue, elle prescrit, ainsi que l'article 113, certaines mesures spéciales (Rouen, 29 janvier 1817, Lambertin C. Boudinet, Sirey, 1819, II, 79 ; *voy.* aussi Toulouse, 1er mai 1823, Lannes C. Lauzin, D., 1823, II, 156 ; Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Absent*, p. 35-48).

La seconde opinion, au contraire, professe que la loi du 11 ventôse an II change le fond même du droit et qu'*elle répute les militaires toujours vivants à l'effet de recueillir les successions ouvertes à leur profit*. Ce sont les termes de l'arrêt de la Cour de cassation du 9 mars 1819 (Ador C. le Bureau de bienfaisance, Sirey, 1819, I, 343; ajout. Paris, 22 mars 1825, Bouilly C. Gillot, D., 1825, II, 186; et Cass., 17 février 1829, Enreg. C. Deschamps, D. 1829, I, 151).

Cette loi a voulu accorder aux militaires une protection spéciale, une faveur particulière; or, cette protection serait impuissante et vaine, s'il dépendait des tiers intéressés à méconnaître l'existence du militaire, d'en paralyser les effets; donc, la loi a dû nécessairement, pour atteindre son but, ne pas tenir compte d'une résistance qui l'en aurait presque toujours empêchée. Et on conçoit bien d'ailleurs les motifs de cette exception qui répute les militaires vivants à l'effet même de recueillir la succession; nous avons déjà remarqué que la cause de leur éloignement était connue et très-digne d'intérêt, et que beaucoup de circonstances, résultant de leur profession même, pouvaient les empêcher de donner de leurs nouvelles (Duranton, t. I, n° 430). Tel semblerait être aussi le sentiment de Demante: Les lois des 11 ventôse et 16 fructidor an II, dit-il, ne semblent pas permettre d'appliquer ici, pour simple défaut de nouvelles, l'exclusion prononcée par les articles 135 et 136. (*Programme*, t. I, p. 112, n° 166; comp. aussi *Cours analyt.*, t. I, n° 187 *bis*, II.)

Je crois que ces deux opinions sont un peu absolues, chacune de son côté; et tandis que la première ne fait pas assez en faveur des militaires, la seconde me paraît à son tour faire trop!

Ce n'est pas faire assez que de subordonner l'application de la loi du 11 ventôse an II à la condition que l'existence du militaire ne sera pas méconnue : d'une

part, le texte suppose évidemment que le militaire ne donne pas de ses nouvelles, et l'article 2 l'appelle positivement du nom d'*absent*; donc, c'est pour l'hypothèse même de l'absence, c'est-à-dire pour l'hypothèse où l'existence est incertaine et méconnue, que la loi du 11 ventôse a été faite; d'autre part, le second système a raison de dire que cette loi n'atteindrait presque jamais son but, si elle était subordonnée à une condition, dont l'accomplissement dépendrait des adversaires mêmes du militaire absent.

Mais réciproquement aussi c'est trop faire, et c'est dépasser le but, que de déclarer les militaires toujours vivants, d'après la loi du 11 ventôse, à l'effet de recueillir les successions à eux échues. Cette loi n'a pas voulu en effet intervertir absolument l'ordre légal des successions; elle n'a pas voulu que si le militaire n'existait plus, il fût néanmoins toujours capable de succéder! Quel devait être et quel a été son seul but? de conserver intacte la succession, dans l'intérêt du militaire pour le cas où il reviendrait, pour le cas où il serait prouvé qu'il a pu effectivement la recueillir. La loi ne dit pas qu'il la recueille actuellement; mais elle ne veut pas non plus encore qu'un autre s'en empare à son préjudice; elle veut attendre! et dans le doute, pourvoir, par des mesures conservatoires, aux intérêts éventuels du militaire absent. La succession est donc en quelque sorte vacante. C'est une espèce de séquestre qui s'oppose également à l'investiture soit du militaire absent, soit de ceux qui recueilleraient la succession à son défaut. Et si l'article 3 déclare que le curateur devra rendre compte au militaire absent ou à son fondé de pouvoir, c'est uniquement dans la supposition du cas où son existence sera ultérieurement prouvée; dans le cas contraire, la présomption de mort remontant à l'époque des dernières nouvelles, le compte devra être rendu à ceux qui se trouveront héritiers, à défaut du militaire, et que la loi

du 11 ventôse avait jusque-là empêchés de s'emparer de la succession. (Comp. Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 573; Cass., 16 juill. 1862, Taupin, Dev., 1863, I, 152.)

345. — D. Enfin *pendant quelle période de l'absence la loi du 11 ventôse an II est-elle applicable?*

Je vais bientôt essayer d'établir que cette loi n'a été abrogée ni par le Code Napoléon ni par aucune autre loi postérieure; mais il faut en même temps tenir pour certain qu'elle ne peut recevoir d'application que pendant la période de présomption d'absence, et que son effet cesse entièrement après l'absence déclarée :

1° On conçoit que la loi veille à la conservation des droits éventuels échus à un militaire, tant qu'aucun jugement n'a élevé en faveur de ceux qui les recueilleraient à son défaut, une sorte de présomption de décès; mais une fois que le jugement de déclaration d'absence a été rendu, la situation n'est plus la même! non-seulement on ne prouve pas, dans l'intérêt du militaire, qu'il existait à l'époque de l'ouverture de la succession; mais voici les autres, ceux qui seraient héritiers à son défaut, les voici qui produisent un jugement, d'où résulte en leur faveur une présomption contraire!

2° Ne serait-il pas étrange qu'au moment où les héritiers présomptifs du militaire et tous ses successeurs quelconques exercent, sur les biens qui lui étaient déjà acquis lors de son départ, tous les droits subordonnés à la condition de son décès, ne serait-il pas étrange de persister à tenir toujours en échec ceux qui auraient droit de recueillir une succession à son défaut! Et puis, quel serait le terme, après cela, de cette situation et de cette attente! on ne saurait plus ensuite où s'arrêter! et la sollicitude de la loi, dans son exagération, deviendrait une injustice envers d'autres droits très-vraisemblablement légitimes.

3° Aussi la loi du 13 janvier 1817, qui a précisément

pour but de rendre plus prompte et plus facile la déclaration d'absence de certains militaires, suppose-t-elle, par cela même, qu'une fois l'absence déclarée, ils rentrent, de tous points et sans exception, sous l'empire du droit commun (Cass., 9 mars 1819, Ador C. le Bureau de bienfaisance, Sirey, 1819, I, 343 ; Cass., 23 août 1837, Proc. gén. d'Amiens C. Collet, Dev., 1837, I, 809; Caen, 2 mars 1843, Angé C. Morice, *Rec. de Caen*, t. VII, p. 178; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 574).

N° 3. — *Loi du* 6 *brumaire an* v. — *Loi du* 21 *décembre* 1814.

346.—La loi du 11 ventôse an II ne s'occupe, comme nous venons de le voir, que des successions qui peuvent s'ouvrir au profit des militaires absents.

La loi du 6 brumaire an V eut pour but de veiller, d'une manière plus complète, à la conservation des propriétés des défenseurs de la patrie ; peut-être même son extrême prévoyance avait-elle, à quelques égards, dépassé les justes limites; aussi, comme il arrive presque toujours en pareil cas, les formalités qu'elle prescrivait, ne furent-elles pas, même dès l'origine, entièrement observées.

En voici les dispositions :

Article 1er. « Les tribunaux civils de département nom- « meront, dans les cinq jours de la réception de la pré- « sente loi, trois citoyens probes et éclairés, qui forme- « ront un conseil officieux, chargé de consulter et de « défendre gratuitement, sur la demande des fondés de « pouvoir, les affaires des défenseurs de la patrie, et des « autres citoyens pour le service des armées de terre et « de mer. »

Article 2. « Aucune prescription, expiration de délais « ou péremption d'instance ne peut être acquise contre

« les défenseurs de la patrie et autres citoyens attachés « au service des armées de terre et de mer, pendant « tout le temps qui s'est écoulé ou s'écoulera depuis leur « départ de leur domicile, s'il est postérieur à la décla- « ration de la présente guerre, ou depuis ladite décla- « ration, s'ils étaient déjà au service, jusqu'à l'expira- « tion d'un mois après la publication de la paix générale, « ou après la signature du congé absolu, qui leur sera « délivré avant cette époque [1].

« Le délai sera de trois mois, si au moment de la pu- « blication de la paix ou de l'obtention du congé absolu, « ces citoyens font leur service hors de la république, « mais en Europe; de huit mois, dans les colonies en « decà du cap de Bonne-Espérance; de deux ans, en « delà de ce cap. »

Article 3. « Ceux qui auront librement et formellement « acquiescé aux jugements rendus contre eux, ne sont « pas compris dans l'article précédent. »

Article 4. « Les jugements prononcés contre les défen- « seurs de la patrie et autres citoyens de service aux « armées, ne peuvent donner lieu au décret ni à la dé- « possession d'aucun immeuble, pendant les délais énon- « cés en l'article 2 de la présente loi. »

Article 5. « Aucun de ces jugements ne pourra être « mis à exécution qu'autant que la partie poursuivante « aura présenté et fait recevoir par le tribunal qui aura « rendu le jugement, une caution solvable de rapporter, « le cas échéant.

« En conséquence, il est défendu, sous peine de trois « cents livres d'amende, à tous greffiers de délivrer, et « à tous huissiers de mettre à exécution aucun jugement « rendu contre les défenseurs de la patrie et autres ci- « toyens de service aux armées, si le jugement de récep-

1. Comp., à cet égard, Grenoble, 31 déc. 1836, Miard, Dev., 1847, I, 479.

« tion de caution n'est point au jugement de condamna-
« tion. »

Article 6. « Pour l'exécution de l'article précédent, « les administrations municipales de canton feront et « déposeront, dans les cinq jours de la présente loi, aux « greffes du tribunal civil, du tribunal de commerce et « de la justice de paix, desquels relève le canton, une « liste contenant les noms et prénoms de tous les citoyens « de leur arrondissement absents de leur domicile pour « le service des armées de terre et de mer.

« Les greffiers seront tenus de consulter cette liste « avant de délivrer aucun jugement. »

Article 7. « Les propriétés des défenseurs de la patrie « et des autres citoyens absents pour le service public, « sont mises sous la surveillance des agents et adjoints « municipaux de chaque commune; ils seront tenus de « dénoncer, sous leur responsabilité personnelle, au « commissaire du directoire exécutif près l'administra- « tion municipale du canton, les atteintes qui pourraient « être portées à ces propriétés; le commissaire du direc- « toire exécutif poursuivra en indemnité, devant les tri- « bunaux, les communes qui ne les auraient pas pré- « venues ou repoussées, conformément aux lois exis- « tantes. »

Article 8. « Les commissaires du directoire exécutif « auprès des administrations et des tribunaux sont char- « gés, chacun en ce qui le concerne, de surveiller l'exé- « cution de la présente loi. »

347. — A cette loi du 6 brumaire an v, il faut ajouter la loi du 21 décembre 1814, ainsi conçue :

Article 1. « Le délai accordé par l'article 2 de la loi « du 6 brumaire an v, est prorogé jusqu'au 1er avril « prochain, en faveur des militaires et autres citoyens « attachés aux armées, qui ne seront pas rentrés en « France au moment de la promulgation de la présente « loi. »

Article 2. « Les cours et tribunaux pourront accorder « tel nouveau délai, qui leur paraîtra convenable en fa- « veur de ceux desdits militaires et autres individus at- « tachés aux armées qui, n'étant pas rentrés en France « le 1er avril prochain, justifieront en avoir été empêchés « par maladie ou par tout autre motif légitime. »

Article 3. « Pendant le délai ci-dessus, les créanciers « pourront faire tous les actes conservatoires. »

N° 4°. — *Loi du* 13 *janvier* 1817.

348. — Un nombre considérable de militaires et d'individus attachés au service des armées avaient disparu pendant les longues guerres de la Révolution et de l'empire, depuis 1792 jusqu'en 1815; et cette situation avait produit l'incertitude la plus fâcheuse, sous tous les rapports, et pour les familles et pour les propriétés.

L'intérêt public et privé exigeait donc, à cet égard, des mesures spéciales; aussi, dès avant la loi dont nous allons parler, l'ordonnance royale du 3 juillet 1816 avait-elle, en attendant la prochaine session des Chambres, pourvu déjà aux moyens de rendre plus « faciles « et moins dispendieuses les recherches auxquelles les « parties intéressées sont obligées de se livrer pour véri- « fier, devant les tribunaux, leurs demandes afin de « faire déclarer l'absence ou constater le décès desdits « militaires et employés. »

Tel fut en effet le double objet de la loi du 13 janvier 1817 :

Article 1 : « Lorsqu'un militaire ou un marin en ac- « tivité pendant les guerres qui ont eu lieu depuis le « 21 avril 1792 jusqu'au traité de paix du 20 novem- « bre 1815, aura cessé de paraître, avant cette dernière « époque, à son corps et au lieu de son domicile ou de « sa résidence, ses héritiers présomptifs ou son épouse « pourront dès à présent se pourvoir au tribunal de son

« dernier domicile soit pour faire déclarer son absence,
« soit pour faire constater son décès, soit pour l'une de
« ces fins au défaut de l'autre. »

Article 2. « Leur requête et les pièces justificatives
« seront communiquées au procureur impérial, et par
« lui adressées au ministre de la justice, qui les trans-
« mettra au ministre de la guerre ou au ministre de la
« marine, selon que l'individu appartiendra au service
« de terre ou à celui de mer, et rendra publique la de-
« mande, ainsi qu'il est prescrit à l'égard des jugements
« d'absence, par l'article 118 du Code Napoléon. »

Article 3. « La requête, les extraits d'actes, pièces et
« renseignements recueillis au ministère de la guerre ou
« de la marine, sur l'individu dénommé dans ladite re-
« quête, seront renvoyés, par l'intermédiaire du ministre
« de la justice, au procureur impérial. »

« Si l'acte de décès a été transmis au procureur im-
« périal, il en fera immédiatement le renvoi à l'officier
« de l'état civil, qui sera tenu de se conformer à l'arti-
« cle 98 du Code Napoléon.

« Le procureur impérial remettra le surplus des pièces
« au greffe, après en avoir prévenu l'avoué des parties
« requérantes, et à défaut d'acte de décès, il donnera ses
« conclusions. »

Article 4. « Sur le vu du tout, le tribunal pronon-
« cera.

« S'il résulte des pièces et renseignements fournis
« par le ministre que l'individu existe, la demande
« sera rejetée.

S'il y a lieu seulement de présumer son existence
« l'instruction pourra être ajournée pendant un délai qui
« n'excédera pas une année.

« Le tribunal pourra aussi ordonner les enquêtes pres-
« crites par l'article 116 du Code Napoléon, pour con-
« firmer les présomptions d'absence résultant des dites
« pièces et renseignements.

« Enfin l'absence pourra être déclarée, ou sans autre « instruction, ou après ajournement et enquêtes, s'il est « prouvé que l'individu a disparu sans qu'on ait eu de « ses nouvelles, savoir : depuis deux ans, quand le « corps, le détachement ou l'équipage dont il faisait « partie servait en Europe; et depuis quatre ans, quand « le corps, le détachement ou l'équipage se trouvait « hors de l'Europe. »

Article 5. « La preuve testimoniale du décès pourra « être ordonnée, conformément à l'article 46 du Code « Napoléon, s'il est prouvé soit par l'attestation du mi- « nistre de la guerre ou de la marine, soit par toute « autre voie légale, qu'il n'y a pas eu de registres, ou « qu'ils ont été perdus en tout ou en partie, ou que leur « tenue a éprouvé des interruptions.

« Dans le cas du présent article, il sera procédé aux « enquêtes contradictoirement avec le procureur impé « rial. »

Article 6. « Dans aucun cas, le jugement définitif « portant déclaration d'absence ou de décès ne pourra « intervenir qu'après le délai d'un an, à compter de « l'annonce officielle prescrite par l'article 2. »

Article 7. « Lorsqu'il s'agira de déclarer l'absence ou « de constater en justice le décès des personnes men- « tionnées en l'article 1 de la présente loi, les juge- « ments contiendront uniquement les conclusions, le « sommaire des motifs et le dispositif, sans que la re- « quête puisse y être insérée. Les parties pourront « même se faire délivrer par simple extrait le dispositif « des jugements interlocutoires; et, s'il y a lieu à en- « quêtes, elles seront mises en minute sous les yeux des « juges. »

Article 8. « Le procureur impérial et les parties re- « quérantes pourront interjeter appel des jugements soit « interlocutoires, soit définitifs.

« L'appel du procureur impérial sera, dans le déla

« d'un mois à dater du jugement, signifié à la partie, au « domicile de son avoué.

« Les appels seront portés à l'audience sur simple « acte et sans aucune procédure. »

Article 9. « Dans le cas d'absence déclarée en vertu « de la présente loi, si le présumé absent a laissé une « procuration, l'envoi en possession provisoire sous cau- « tion pourra être demandé, sans attendre le délai « prescrit par les articles 121 et 122 du Code Napo- « léon, mais à la charge de restituer, en cas de retour, « sous les déductions de droit, la totalité des fruits per- « çus pendant les dix premières années de l'absence.

« Les parties requérantes, qui posséderont des im- « meubles reconnus suffisants pour répondre de la va- « leur des objets susceptibles de restitution, pourront « être admises par le tribunal à se cautionner sur leurs « propres biens. »

Article 10. « Feront preuve en justice, dans les cas « prévus par la présente loi, les registres et actes de « décès des militaires, tenus conformément aux arti- « cles 88 et suivants du Code Napoléon, bien que les- « dits militaires soient décédés sur le territoire français, « s'ils faisaient partie des corps ou détachements d'une « armée active ou de la garnison d'une ville assié- « gée. »

Article 11. « Si les héritiers présomptifs ou l'époux « négligent d'user du bénéfice de la présente loi, les « créanciers ou autres personnes intéressées pourront, « un mois après l'interpellation qu'ils seront tenus de « leur faire signifier, se pourvoir eux-mêmes en décla- « ration d'absence ou de décès.

Article 12. « Les dispositions de la présente loi sont « applicables à l'absence ou au décès de toutes les per- « sonnes inscrites au bureau des classes de la marine, à « celles attachées par brevets ou commissions aux ser- « vices de santé, aux services administratifs des armées

« de terre et de mer, ou portées sur les contrôles régu-
« liers des administrations militaires.

« Elles pourront être appliquées par nos tribunaux à « l'absence ou au décès des domestiques, vivandiers et « autres personnes à la suite des armées, s'il résulte des « rôles d'équipage, des pièces produites et des regis- « tres de police, permissions, passe-ports, feuilles de « route et autres registres déposés aux ministères de « la guerre et de la marine, ou dans les bureaux en « dépendant, des preuves et des documents suffisants « sur la profession desdites personnes et sur leur « sort. »

Article 13. « Les dispositions du Code Napoléon re- « latives aux absents, auxquelles il n'est pas dérog « par la présente loi, continueront d'être exécutées. »

349. — Il est facile de reconnaître, d'après le texte même de cette loi, la nature et l'étendue des modifications par lesquelles elle a dérogé au Code Napoléon.

Ainsi :

1° D'après le Code Napoléon, la demande ne peut être formée que quatre ans ou même dix ans après les dernières nouvelles, suivant que la personne qui a disparu a laissé ou n'a pas laissé de procuration (art. 115-121). — Au contraire, d'après la loi du 13 janvier 1817 (art. 1er), lorsqu'un militaire ou marin en activité de service pendant les guerres qui ont eu lieu depuis le 21 avril 1792 jusqu'au 20 novembre 1815, avait cessé de paraître avant cette dernière époque à son corps ou au lieu de son domicile ou de sa résidence, ses héritiers présomptifs ont pu de suite se pourvoir en déclaration d'absence, lors même que le militaire ou le marin n'aurait disparu que depuis moins de quatre ans, puisqu'il suffisait que sa disparition remontât au delà du 20 novembre 1815.

2° D'après le Code Napoléon, l'absence elle-même ne peut être déclarée qu'après cinq ans ou on ze ans, suivan

qu'il y a ou qu'il n'y a pas de procureur fondé (art. 115-121). — Au contraire, d'après la loi du 13 janvier 1817 (art. 4 et 9), l'absence a pu être déclarée de suite, sans distinguer si le militaire ou le marin avait laissé ou n'avait pas laissé de procuration, s'il a été prouvé qu'il a disparu sans qu'on ait eu de ses nouvelles depuis deux ans, quand le corps ou le détachement dont il faisait partie servait en Europe, et depuis quatre ans, quand il servait hors d'Europe; seulement si l'individu avait laissé une procuration, les envoyés en possession étaient tenus de restituer, en cas de retour, la totalité des fruits perçus pendant les dix premières années de l'absence.

3° D'après le Code Napoléon, les enquêtes sont *nécessaires* (art. 116). — Elles ne sont que *facultatives* pour le tribunal, d'après la loi du 13 janvier 1817.

4° D'après le Code Napoléon, la demande ne doit point être rendue publique; mais les jugements interlocutoires et définitifs doivent recevoir la publicité requise par l'article 118. — Au contraire, la loi du 13 janvier 1817 n'exige que la publicité de la demande elle-même (art. 2); et il est permis de croire qu'elle n'y soumet pas les jugements, puisque, traçant d'une manière complète les formes à suivre dans ce cas spécial, elle ne reproduit pas cette condition.

5° Enfin, d'après le Code Napoléon, le titre IV du livre Ier autorise uniquement la *déclaration d'absence*. — Au contraire, la loi du 13 janvier 1817 (art. 5) autorise en outre, si je puis dire ainsi, la *déclaration de décès*; mais cette déclaration de décès ne pouvant avoir lieu que dans le cas où les registres n'ont pas été tenus ou ont été perdus, on peut dire avec raison que l'article 5 de la loi de 1817 n'est qu'une application à cette hypothèse particulière de la règle générale consacrée par l'article 46 du Code Napoléon, auquel la loi de 1817 se réfère effectivement elle-même.

349 *bis*. — Ajoutons que, le 9 août 1871, une loi nou-

velle a été rendue, dont l'article unique est conçu en ces termes :

« Les dispositions de la loi du 13 janvier 1817 sont remises en vigueur, pour constater judiciairement le sort des Français ayant appartenu aux armées de terre et de mer, à la garde nationale mobile ou mobilisée, à un corps reconnu par le Ministère de la guerre, qui ont disparu depuis le 10 juillet 1870 jusqu'au traité de paix du 31 mai 1871.

« Les mêmes dispositions pourront être appliquées par les Tribunaux à tous autres Français, qui auraient disparu dans le même temps par suite de faits de guerre. »

II. — Les lois précitées sont-elles encore aujourd'hui en vigueur en tout ou en partie.

350. — Il n'y a aucune difficulté à l'égard de la loi du 6 brumaire an v et de la loi du 13 janvier 1817, qui, toutes deux, sont limitées, par leurs termes mêmes, à une certaine classe de personnes et à une certaine durée de temps.

Ainsi la loi du 6 brumaire an v, d'après son article 2, devait cesser d'avoir effet un mois ou, au plus tard, deux ans après la publication de la paix générale; nous avions d'abord paru supposer que ce délai avait été prorogé par la loi du 21 décembre 1814, jusqu'au 1er avril 1815; mais il nous paraît plus exact de dire, avec nos savants collègues, MM. Aubry et Rau (sur Zachariæ, t. I, p. 572), que les délais fixés par la loi du 6 brumaire doivent être calculés à partir du 14 février 1816, date de la publication du traité de paix du 20 novembre précédent; telle fut sans doute la pensée des auteurs de la loi du 13 janvier 1817, dont l'article 1er suppose que l'état de guerre a continué jusqu'au traité de paix du 20 novembre 1815, dont la publication a eu lieu, en France, le 14 février 1816.

Ainsi la loi du 13 janvier 1817, applicable seulement

aux militaires et aux marins en activité de service pendant les guerres qui ont eu lieu depuis le 21 avril 1792 jusqu'au traité de paix du 20 novembre 1815, ne pourrait être invoquée à l'égard d'aucun autre militaire ou marin.

Ce sont donc là deux lois de circonstance, déterminées, l'une et l'autre, par les longues guerres que les armées françaises ont soutenues, pendant cette période, contre la coalition européenne.

Mais nous venons de voir que la loi du 13 janvier 1817 a été remise en vigueur par la loi du 9 août 1871. (Comp. le texte de cette dernière loi, *suprà*, n° 349 *bis*.)

351. — Quant à la loi du 11 ventôse an II, les opinions sont très-divisées sur la question de savoir si elle existe encore aujourd'hui.

N'a-t-elle pas été abrogée soit par le Code Napoléon, — soit par la paix générale de 1815, — soit enfin par la loi du 13 janvier 1817?

Sur tous ces points autant de systèmes :

Par le Code Napoléon? — Non, sans doute; d'une part, la loi du 30 ventôse an XII, sur la réunion en un seul corps des diverses lois qui composent actuellement le Code Napoléon, cette loi, dis-je (art. 7), n'abroge les lois anciennes qu'à l'égard des matières qui font l'objet de ce Code; or, le Code Napoléon ne s'occupe en aucune façon de l'absence des militaires; donc, la loi spéciale du 11 ventôse an II n'a pas été abrogée par la loi générale sur l'absence renfermée dans le Code Napoléon; d'autre part, un décret du 16 mars 1807, postérieur par conséquent à la promulgation du Code Napoléon, a ordonné la publication de la loi du 11 ventôse an II, dans les départements situés au delà des Alpes, alors réunis à la France; donc, on ne considérait pas cette loi comme abrogée (Toullier, t. I, n° 407; *voy.* pourtant Colmar, 24 décembre 1816, Pierre Bauer, D., 1817, II, 46).

Par la paix générale de 1815? — Oui, a-t-on dit; car

la loi du 11 ventôse an II était, comme celle du 6 brumaire an v, une loi spéciale, une loi de circonstance, due aux guerres qui embrasaient alors l'Europe. Elle a donc cessé comme la loi de brumaire, par la paix, qui a mis fin à ces guerres, en vue desquelles elle avait été introduite (Nancy, 24 janvier 1820, Liouville C. Bourguignon, Sirey, 1820, II, 138; Nîmes, 28 janvier 1823, Crouzet C. Rédarès, Sirey, 1825, II, 81).

Je ne le crois pas ainsi, et je fais entre la loi du 11 ventôse an II et celle du 6 brumaire an v une double différence : d'abord, la première est conçue en termes généraux et ne limite point sa durée; la seconde, au contraire, s'assignait d'avance à elle-même son terme. Ensuite, la loi du 6 brumaire an v renfermait des dispositions extraordinaires et véritablement exorbitantes, qui ne pouvaient en effet durer qu'autant que la crise violente dont elles étaient le résultat; au contraire, les dispositions de la loi du 11 ventôse sont pleines de modération et de mesure; et rien dès lors, ni dans le texte ni dans les motifs, n'autorise l'assimilation qu'on voudrait faire. La loi du 11 ventôse an II est donc restée, après la paix générale, avec son texte absolu et illimité, quant à la durée de son application.

Par la loi du 13 *janvier* 1817*?* — Oui, a-t-on dit encore (Cass., 9 mars 1819, Ador C. le Bureau de bienfaisance, Sirey, 1819, I, 343; Paris, 27 août 1821, Vilain C. Minist. publ., D., 1822, II, 75; Duranton, t. I, nos 430 et 432; Rolland de Villargues, *Rép. du Notariat*, v° *Absent*, § 8).

Mais il me paraît facile de prouver que tel n'a pas pu être davantage l'effet de la loi du 13 janvier 1817. De quoi s'occupe la loi du 11 ventôse an II? des successions échues aux militaires pendant la période de présomption d'absence (*supra*, n° 343). De quoi s'occupe la loi du 13 janvier 1817? des formalités à suivre pour faire constater l'absence ou le décès des militaires ou marins

en activité de service depuis le 21 avril 1792 jusqu'au 20 novembre 1815. Qu'est-ce à dire? que ces deux lois n'ont pas du tout le même objet; donc, l'une ne peut pas déroger à l'autre. Ajoutez que la loi du 11 ventôse an II a toujours dû cesser d'être applicable après l'absence déclarée (*supra*, n° 345); or, la loi du 13 janvier 1817 se borne à déterminer de quelle manière la déclaration d'absence pourra être poursuivie et obtenue; donc, elle n'agit pas sur la première période; donc, elle laisse subsister la loi du 11 ventôse, tant que l'absence n'a pas été effectivement déclarée. On a objecté l'article 13 de la loi de 1817, d'après lequel « les dispositions du Code Na- « poléon, relatives aux absents, auxquelles il n'est pas « dérogé par la présente loi, continueront d'être exécu- « tées. » La réponse vient déjà d'être faite; c'est que le Code Napoléon lui-même, ne s'occupant pas des militaires absents, n'avait pas abrogé la loi du 11 ventôse, et que dès lors la loi du 13 janvier 1817, en se référant au Code Napoléon, ne saurait abroger cette loi plus que le Code Napoléon lui-même; c'est qu'enfin, cette loi de 1817 ne s'occupe que du mode de la déclaration d'absence, et que c'est dans cette limite qu'elle doit être toujours renfermée.

Ma conclusion est donc que la loi du 11 ventôse an II est toujours en vigueur, et devrait être par conséquent appliquée aux militaires ou autres personnes attachées au service de l'armée, si la France avait encore quelque guerre nouvelle à soutenir (Bourges, 20 nov. 1826, Gillard C. Popillaud, Sirey, 1827, II, 173; Cass., 23 août 1837, le Proc. gén. d'Amiens C. Collet; Dev., 1837, I, 809; *voy.* même aussi Caen, 2 mars 1843, Angé C. Morice, *Rec. de Caen*, t. VII, p. 178; Caen, 18 juin 1877, le ministère public, *Recueil des arrêts de Caen et de Rouen*, 1877, p. 190); Merlin, *Rép.*, t. XVI, v° *Absent*, p. 45; Valette, *Explic. somm. du livre Ier du Cod. Napol.*, p. 75; Demante, t. I, n° 187 *bis*, I; Zachariæ, Aubry et Rau, t. I, p. 572, 573).

352. — Mais la loi du 11 ventôse an II a-t-elle con-

servé aujourd'hui le sens et l'étendue d'application qu'elle comportait antérieurement?

Je trouve à cet égard, dans le *Journal de l'enregistrement* (année 1828, 2e semestre, n° 9098), une opinion ingénieusement motivée, que je ne saurais toutefois adopter.

On commence par poser en principe que la loi du 11 ventôse an II, par elle-même et par elle seule, ne devait, dans l'origine, recevoir d'application qu'autant que l'existence du militaire n'était pas méconnue par ceux qui étaient appelés à recueillir la succession à son défaut. Puis on ajoute que la loi du 6 brumaire an V étant venue ensuite suspendre toute action, toute prescription contre les militaires, on avait dû naturellement en conclure que cette loi les réputait toujours vivants, et qu'on avait dû dès lors aussi donner à la loi du 11 ventôse an II une extension qui la mît d'accord avec la loi du 6 brumaire an V. Mais cette dernière loi ayant cessé d'exister à partir du 1er avril 1845, la loi du 11 ventôse an II a dû dès ce moment rentrer elle-même dans ses limites naturelles; et dès lors, tout en reconnaissant que cette loi existe encore, il faut ajouter qu'il n'y a lieu pourtant aujourd'hui aux mesures qu'elle ordonne qu'autant que l'existence du militaire n'est pas méconnue.

Je crois avoir établi plus haut (n° 334) que la loi du 11 ventôse an II, par elle-même, par son texte et par ses motifs, et par la nécessité d'atteindre le but qu'elle se propose, que cette loi, dis-je, a dû s'appliquer, dès l'origine et avant la loi, du 6 brumaire an V, même au cas où l'existence du militaire était déniée par ceux qui avaient intérêt à la méconnaître; j'ai donc répondu ainsi d'avance à l'opinion que je viens d'exposer.

353. — En résumé, voici finalement quel est aujourd'hui, selon moi, l'état de notre droit relativement à l'absence des militaires ou des autres personnes attachées au service des armées.

Pendant la période de présomption d'absence, il faut distinguer : S'agit-il des biens déjà acquis au militaire avant son départ ? c'est le Code Napoléon qui est applicable (art. 112-114) ; s'agit-il des successions et autres droits éventuels qui s'ouvrent au profit du militaire depuis son départ ? il faut appliquer la loi du 11 ventôse an II, qui déroge, en ce point, aux articles 135 et 136 du Code Napoléon.

Après l'absence déclarée, plus de différence, sous aucun rapport, entre les absents militaires et les absents non militaires ; les uns et les autres sont également soumis aux dispositions du Code Napoléon.

Ajoutons seulement qu'avant que l'absence d'un militaire ou d'un marin soit prononcée, le ministre de la guerre ou de la marine doit être consulté (circulaire du ministre de la justice du 16 décembre 1806, insérée dans Sirey, 1808, II, 30). On doit suivre d'ailleurs les autres formalités tracées par le Code Napoléon pour parvenir à la déclaration d'absence, toutes les fois qu'il ne s'agit pas de militaires ou de marins en activité de service depuis le 21 avril 1792 jusqu'au 20 novembre 1815, les seuls auxquels soient applicables les formes particulières introduites par la loi du 13 janvier 1817.

FIN DU TOME DEUXIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

DU DEUXIÈME VOLUME.

TITRE QUATRIÈME

DES ABSENTS.

PREMIÈRE PARTIE.

DE L'ABSENCE, EN CE QUI CONCERNE D'ABORD L'INDIVIDU NON MARIÉ ET SANS ENFANT.

TABLE NUMÉRIQUE

DES ARTICLES DU CODE NAPOLÉON

AVEC L'INDICATION, POUR CHAQUE ARTICLE, DES PAGES DU VOLUME ET DES NUMÉROS DE L'OUVRAGE OÙ IL EST EXPLIQUÉ.

ome II, art. 112-143.)

TITRE QUATRIÈME.

Des absents.

Art. du Code Nap.	Pages du volume.	Numéros de l'ouvrage.
112.	9, 22, 28, 29, 33-41, 44-50, 53.	10, 18, 19, 20,22-28, 31-40, 46.
113.	50-53.	40-45.
114.	41-43.	29-30.
115.	56, 57, 60, 66-71.	48, 50, 53, 57-62.
116.	71-74.	62-66.
117.	59.	52.
118.	75-76.	67-68.
119.	*Id.*	*Id.*
120.	10, 56, 59, 81-103, 105-106, 147-179.	12, 48, 51, 71-87, 91-93, 128-145.
121.	28, 57, 61-65.	19, 50, 54-56.
122.	28, 57-59, 61-65.	19, 50-51, 54-56.
123.	81-103, 105-106, 147-179.	71-87, 91-93, 128-145.
124.	371-424.	269-306.
125.	114-118, 160.	100-109, 137.
126.	108-113.	94-99.
127.	134-145, 222.	120-127, 187.
128.	119-133, 160.	111-119, 137.
129.	147, 189, 192, 199-200.	128, 149, 153, 160-161.
130.	223-225, 226-230, 233-235.	188-189, 191-193, 195-198.
131.	225-227.	190, 192.
132.	193-198, 201-212.	154-158, 165-177.
133.	218-222, 231.	181-186, 194.
134.	119-132.	110-117.
135.	240-255.	200-213.
136.	*Id.*	*Id.*
137.	259-343.	214-258.
138.	*Id.*	*Id.*
139.	252-367.	260-268.
140.	41, 81, 373.	28, 71, 271.
141.	428-464.	307-336.
142.	21, 428-464.	17, 307-336.
143.	428-464.	307-336.

FIN DE LA TABLE NUMÉRIQUE.

Typographie Lahure, rue de Fleurus, 9, à Paris.



